Statutarische Drittrechte im Schweizerischen Aktienrecht

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

MARTIN FREY
von Schaffhausen

Juris Druck + Verlag Zürich
1979

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548121_0021

Statutarische Drittrechte im Schweizerischen Aktienrecht

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

MARTIN FREY
von Schaffhausen

Juris Druck + Verlag Zürich
1979

Die Fakultät hat diese Arbeit am 5. Juli 1979 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. iur. Christoph von Greyerz als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV. LEIDEN BIBL.

ISBN 3 260 04668 2

Dem Andenken meiner lieben Eltern

und

Regine

Herrn Prof. Dr. iur. Christoph von Greyerz

möchte ich für die freundliche Betreuung und für die mir gewährte Freiheit bei der Ausarbeitung der vorliegenden Arbeit meinen herzlichsten Dank aussprechen.

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungen XV

Literaturverzeichnis XVII

Einleitung: Umschreibung und Abgrenzung des Themas 1

Allgemeiner Teil:

Rechtsnatur und Wirkungen der Statuten sowie die Frage der Zulässigkeit statutarischer Drittrechte im allgemeinen 3

§ 1 Die Rechtsnatur der Statuten einer Aktiengesellschaft 3

I. Die Statuten als privatautonome, organisatorische Grundordnung einer Aktiengesellschaft 3

1. Einleitende Bemerkungen 3

2. Begriff und Funktion der Statuten einer Aktiengesellschaft 4

a) Der Begriff der Statuten 4

b) Die Funktion der Statuten 5

aa) Die Primärfunktion von Statuten 5

bb) Die weiteren Funktionen von Statuten 6

II. Die Kontroversen um die Rechtsnatur der Statuten 7

1. Die Grundlagen des Streits um die Rechtsnatur der Statuten: ein Ueberblick 7

a) Die ursprüngliche, auf den Körperschaftstheorien basierende Trennung in dualistische und monistische Auffassungen 7

b) Die Abkehr von einer einseitig dualistischen bzw. monistischen Auffassung 8

2. Die Stellungnahme des schweizerischen Gesetzgebers zur Rechtsnatur der Statuten 9

3. Die Kontroverse in der schweizerischen Doktrin zur Rechtsnatur der Statuten 10

a) Einleitung 10

b) Die Vertragstheorie 11

c) Die Normentheorie 12

d) Die Mittellösung: Die Statuten als "Rechtsbegriff sui generis" 13

4. Die Stellungnahme der schweizerischen Rechtsprechung zur Rechtsnatur der Statuten 14

5. Einige rechtsvergleichende Bemerkungen zur Rechtsnatur der Statuten 16

a) Deutschland 16

b) Frankreich 17

c) Das angloamerikanische Recht 19

aa) England 19

bb) USA 20

6. Hinweise in Gesellschaftsstatuten 21

III. Die Statuten einer Aktiengesellschaft im Verhältnis zu Gesetz, Gesellschaftsvertrag und Schuldvertrag 21

1. Die Abgrenzung der Statuten von der gesetzlichen Ordnung 22

2. Die Abgrenzung der Statuten vom Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften 23

a) Vorbemerkungen 23

b) Die Unterschiede zwischen Gesellschaftsvertrag und Statuten im einzelnen 24

3. Die Abgrenzung der Statuten vom Schuldvertrag des Obligationenrechts, insbesondere vom zweiseitigen Vertrag 25

a) Vorbemerkungen 25

b) Die eigentlichen Unterschiede 26

IV. Die Bedeutung der Rechtsnatur von Statuten im schweizerischen Aktienrecht 27

1. Vorbemerkung 27

2. Die Auslegung der Statuten einer Aktiengesellschaft 28

a) Grundgedanken und allgemeine Prinzipien 28

b) Versuch einer Konkretisierung der für die Wahl der Auslegungsmethode massgebenden Kriterien 30

aa) Die Gesellschaftsstruktur 30

bb) Art der Statutenbestimmung 31

cc) Das "Zeitmoment" 32

3. Die Bedeutung der Rechtsnatur von Statuten in Bezug auf mögliche statutarische Drittrechte 33

§ 2 Die Wirkungen der Statuten einer Aktiengesellschaft, insbesondere die Frage der Aussenwirkung 35

I. Die Abgrenzung der an der Aktiengesellschaft nicht unmittelbar beteiligten Dritten von den direkt Beteiligten 35

1. Einleitung 35

2. Die Grundverhältnisse der Aktiengesellschaft und die darauf basierenden Sonderverhältnisse 36

3. Die Dreiteilung in an der AG beteiligte, spezifisch interessierte und allgemein interessierte Kreise 37

a) Vorbemerkungen 37

b) Die verschiedenen Interessengruppen 39

aa) Die an der AG direkt Beteiligten 39

aaa) Die Aktionäre 39

bbb) Die Organe 41

ccc) Die Inhaber von Partizipationsscheinen 42

bb) Spezifisch interessierte, mit der AG wirtschaftlich und rechtlich verbundene Kreise 45

cc) Allgemein interessierte Kreise 46

4. Zusammenfassung 46

II. Die Innenwirkung als Primärfunktion der Statuten 47

1. Der Grundsatz 47

2. Der "typische" Statuteninhalt 48

a) Allgemeine Bestimmungen 49

b) Gesellschaftskapital 49

c) Organisation 49

d) Rechnungswesen 49

e) Fusion, Auflösung bzw. Liquidation 49

f) Bekanntmachungen 49

g) Besonderheiten einzelner Gesellschaftsstatuten 49

III. Die Frage der Aussenwirkung von Statuten einer AG 50

1. Der Grundsatz gemäss herrschender Lehre: keine unmittelbare Aussenwirkung der Statuten 50

2. Die Abschwächung dieses Grundsatzes 51

a) Die durch den Handelsregistereintrag gegenüber jedermann vorausgesetzte Kenntnis des Statuteninhalts 51

b) Die mittelbare Aussenwirkung der Statuten 52

c) Die Frage der unmittelbaren Aussenwirkung von Statuten 54

§ 3 Begriff und Zulässigkeit statutarischer Drittrechte im allgemeinen 58

I. Begriff und Terminologie 58

1. Der allgemeine Begriff des statutarischen Drittrechts 58

2. Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Statutenbestandteilen 59

a) Echte Statutenbestandteile 59

b) Unechte Statutenbestandteile 61

c) Zusammenfassung 62

II. Die Frage der Zulässigkeit statutarischer Drittrechte als allgemeines gesellschaftsrechtliches Problem 63

1. Vorbemerkungen 63

2. Die Frage der Zulässigkeit statutarischer Drittrechte als Problem der gesellschaftsrechtlichen Typologie 65

a) Einleitende Bemerkungen zur Typuslehre im Aktienrecht 65

b) Die Gesellschaftsform – nicht der Typus – als Kriterium für die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Gestaltungen 67

3. Die Frage der Zulässigkeit statutarischer Drittrechte als Problem der begrifflichen Fixierung der Aktiengesellschaft 68

4. Die Frage der Zulässigkeit statutarischer Drittrechte als Problem des Persönlichkeitsschutzes einer juristischen Person 71

a) Fragestellung 71

b) Die Tragweite von ZGB 27 im Gesellschaftsrecht 71

5. Ergebnis 74

Besonderer Teil:
Drittrechte als Statutenbestandteile von Aktiengesellschaften 75

§ 4 Drittrechte in der Form unechter Statutenbestandteile 75

I. Vorkaufsrechte Dritter an Aktien als unechte Statutenbestandteile 75

1. Vorkaufsrechte an Aktien als statutarische Erwerbsberechtigungen 75

a) Die statutarische Erwerbsberechtigung als Oberbegriff des statutarischen Vorkaufsrechts an Aktien 75

b) Der Kreis der Erwerbsberechtigten umfasst auch Drittpersonen 77

2. Die Kontroversen um Zulässigkeit und Wirkung statutarischer Vorkaufsrechte an Aktien 79

a) Problemstellung 79

b) Die verschiedenen Ansichten in der Literatur 80

aa) Statutarische Vorkaufsrechte an Aktien mit verstärkter, quasi-dinglicher Wirkung 80

bb) Statutarische Vorkaufsrechte an Aktien mit rein obligatorischer Wirkung 82

cc) Die Mittellösung Herrens: Statutarische Vorkaufsrechte der Aktionäre als echte, diejenigen Dritter als unechte Statutenbestandteile 84

c) Eigene Stellungnahme 85

II. Gläubigerrechte als unechte Statutenbestandteile 87

1. Uebersicht über die Gläubigerrechte im Bereich der Aktiengesellschaft 87

a) Gläubigerrechte im allgemeinen 87

b) Gläubigerrechte der Aktionäre 87

c) Gläubigerrechte der Organe und Angestellten 88

d) Gläubigerrechte der Obligationäre 88

e) "Sonderfälle" 89

2. Richterliche Stellungnahmen zu Gläubigerrechten in der Form unechter Statutenbestandteile 89

a) Aus der deutschen Rechtsprechung: BGHZ 18 Nr. 25 S. 205 ff. 89

b) Aus der schweizerischen Rechtsprechung: BGE 75 II 149 ff. (= Pra 38 Nr. 122 S. 360 ff.) 91

III. "Sonderfälle"; insbesondere die "Abspaltung" körperschaftlicher Befugnisse von individualrechtlichen Grundverhältnissen 92

1. Ausgangslage 92

2. Der Sachübernahmevertrag als "quasi-unechter" Statutenbestandteil 94

3. Die künftigen PS-Rechte als Vorbild für die Gewährung echter körperschaftlicher Befugnisse an bestimmte Gläubigerkategorien 94

a) Die Rechte aus Partizipationsscheinen (de lege ferenda) 94

b) Ansätze zu körperschaftlichen Befugnissen bestimmter Gesellschaftsgläubiger 97

aa) im allgemeinen 97

bb) im Zusammenhang mit Partiarischen Rechtsverhältnissen 98

IV. Ergebnis und Ausblick 99

§ 5 Drittrechte in der Form echter Statutenbestandteile 101

I. Der Tatbestand konzernmässiger Abhängigkeit aufgrund statutarischer Drittrechte 101

1. Begriff und Schranken der Abhängigkeit im Aktienrecht 101

a) Der Begriff der Abhängigkeit 101

aa) Der allgemeine Abhängigkeitsbegriff 101

bb) Der spezifisch konzernrechtliche Abhängigkeitsbegriff 102

b) Die absoluten Schranken der Abhängigkeit einer AG 104

aa) Ausgangslage 104

bb) Die aktienrechtlichen Schranken der Abhängigkeit im Ueberblick 105

aaa) Publizitätsvorschriften 105

bbb) Kapitalbindung 105

ccc) Organisation 106

ddd) Verantwortlichkeiten 106

eee) Wohlerworbene Rechte der Aktionäre 107

fff) Statuten und Statutenänderung 107

ggg) Rechtsmittel und Kontrollrechte 107

cc) Das Beispiel von Art. 698 Abs. 2 OR: Die unübertragbaren Befugnisse der Generalversammlung 108

aaa) Die Wahl der Verwaltung durch die GV (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR) 108

bbb) Festsetzung und Aenderung der Statuten durch die GV (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR) 109

2. Die Formen konzernmässiger Abhängigkeit im Ueberblick 110

a) Der Begriff des Konzerns 110

b) Die Formen konzernmässiger Abhängigkeit 111

aa) Die stimmenmässige Abhängigkeit 111

bb) Die statutarische (organisatorische) Abhängigkeit 112

cc) Die vertragliche (obligatorische) Abhängigkeit 114

dd) Hinweis auf die Problematik der faktischen Abhängigkeit 115

3. Die statutarische (organisatorische) Abhängigkeit im besonderen 116

a) Die Frage nach der Zulässigkeit echter statutarischer Drittrechte in Theorie und Praxis 116

aa) Die Ansichten in der Literatur 117

bb) Die Ansichten in der Judikatur 118

cc) Ergebnis 120

b) Die Gründe für eine Verankerung der konzernmässigen Abhängigkeit in den Statuten 121

aa) "Legalisierung" des Abhängigkeitsverhältnisses 121

bb) "Zementierung" des Abhängigkeitsverhältnisses 122

c) Fallgruppen möglicher statutarischer Drittrechte unter Berücksichtigung des Konzernrechts 122

aa) Vorbemerkungen 122

bb) Unmittelbare statutarische Einflussrechte auf die Bestellung und Abberufung der Organe einer AG 123

cc) Unmittelbare statutarische Einflussrechte auf die Geschäftsführung einer AG 126

dd) Unmittelbare statutarische Verfügungsrechte über den Reingewinn einer AG 128

ee) Mittelbare Einwirkungsmöglichkeiten durch die statutarische Zweckbindung einer AG 130

ff) Zusammenfassung 131

II. Die statutarischen Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens 132

1. Die Tragweite von Art. 762 OR im schweizerischen Aktienrecht 132

a) Der Begriff der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung 132

b) Bedeutung und Inhalt von Art. 762 OR 133

aa) Die Stellung von Art. 762 OR im schweizerischen Aktienrecht 133

bb) Der Inhalt von Art. 762 OR 134

c) Insbesondere der Ausnahmecharakter von Art. 762 OR 135

2. Die unmittelbaren Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens 136

a) Das Interesse des Gemeinwesens an einer möglichst weitgehenden Einflussnahme auf die AG 136

aa) Die funktionelle Betrachtungsweise 137

bb) Die rechtliche Betrachtungsweise 137

b) Die Einflussmöglichkeiten aufgrund von Art. 762 OR 138

aa) Das Entsendungs- und Abberufungsrecht 138

aaa) Die Auslegung von Art. 762 Abs. 1 und 2 OR 138

bbb) Zwei Beispiele aus der Praxis 139

bb) Die faktische Weisungsgebundenheit der Vertreter der öffentlichen Körperschaften 140

aaa) Die enge Interpretation 140

bbb) Die weite Interpretation 141

ccc) Zusammenfassung: Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis 142

c) Die über den Wortlaut von Art. 762 OR hinausgehenden, statutarischen Einflussmöglichkeiten 145

aa) Statutarische Genehmigungs- und Vetorechte 145

bb) Allgemeine statutarische Weisungsrechte 145

cc) Die Frage eines statutarisch verankerten Mehrstimmrechts des Gemeinwesens in der GV 146

3. Die mittelbaren Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens 147

a) Terminologie 147

b) Fallgruppen mittelbarer statutarischer Einflussmöglichkeiten 148

aa) Vorbemerkungen 148

bb) Kontrollrechte 149

aaa) Einsichtsrechte 149

bbb) Auskunftsrechte 150

cc) Teilnahmerechte 151

aaa) Die Frage der Zulässigkeit statutarischer Teilnahmerechte 151

bbb) Mit dem Teilnahmerecht verbundene Drittbefugnisse 153

ccc) Teilnahmeberechtigte, Hilfspersonen und Gäste 153

dd) Das Recht, die GV einzuberufen 155

4. Zusammenfassung 155

III. Sonderfälle statutarischer Dritteinflussnahme am Beispiel des Beirates 156

1. Problemstellung 156

2. Bedeutung und Funktion des Beirates im allgemeinen 158

a) Die Bedeutung des Beirates in Theorie und Praxis des Aktienrechts 158

b) Die Funktionen des Beirates im Ueberblick 159

aa) Beratungsfunktion 159

bb) Kontroll- und Entscheidungsfunktion 159

cc) Schlichtungsfunktion 160

c) Der Beirat als Organ der AG? 160

3. Der Sachverständigenausschuss als Beirat mit beratenden Funktionen 161

a) Begriffsumschreibung und Funktionen 161

b) Die rechtliche Stellung des Sachverständigenausschusses 163

c) Die Beteiligung des Sachverständigenausschusses an körperschaftlichen Befugnissen 164

4. Der Gläubigerausschuss als Beirat mit überwachenden Funktionen 165

a) Interessenlage 165

b) Die rechtliche Stellung des Gläubigerausschusses 166

c) Die körperschaftlichen Befugnisse des Gläubigerausschusses im einzelnen 167

aa) Mittelbare Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten 167

aaa) Die gesetzlichen Einfluss- und Kontrollrechte der Gesellschaftsgläubiger 167

bbb) Statutarische Kontrollrechte des Gläubigerausschusses in Anlehnung an Art. 696/697 OR 169

bb) Die Frage der Zulässigkeit unmittelbarer Einflussrechte 170

5. Schiedsgericht bzw. Schiedsmännerkollegium als Beirat mit richterlichen Funktionen 171

a) Das statutarische Schiedsgericht 171

aa) Begriff und Bedeutung 171

bb) Funktionen 172

b) Das Schiedsmännerkollegium 173

aa) Begriff 173

bb) Funktionen 174

c) Exkurs: Die Verantwortlichkeit des schiedsrichterlichen Beirates (im Vergleich zu den anderen Beiratsformen) 175

§ 6 Zusammenfassende Systematisierung der statutarischen Drittrechte im Aktienrecht 177

I. Vielfalt der Drittinteressen im Aktienrecht 177

1. Abgrenzung zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer 177

2. Abgrenzung zu den Interessen der Allgemeinheit überhaupt 179

II. Voraussetzungen für die Verankerung statutarischer Drittrechte im Aktienrecht 180

1. Statutarische Drittrechte aufgrund klarer Mehrheitsverhältnisse 180

2. Statutarische Einflussrechte des Gemeinwesens ausgehend von der Ausnahmebestimmung von Art. 762 OR 181

3. Die Einräumung statutarischer Drittrechte aus unternehmenspolitischen Gründen 181

III. Wirkungen statutarischer Drittrechte im Aktienrecht 182

1. Die Zweiteilung in echte und unechte Statutenbestandteile 182

2. Die Wirkung unechter statutarischer Drittrechte 183

a) Rein obligatorische Wirkung 183

b) Form der Aenderung 183

c) Durchsetzbarkeit 184

d) Auslegung 184

3. Die Wirkung echter statutarischer Drittrechte 184

a) Verstärkte, realobligatorische Wirkung 184

b) Form der Aenderung 185

c) Durchsetzbarkeit 185

d) Auslegung 185

IV. Kategorien echter statutarischer Drittrechte 186

1. Ausgangslage 186

2. Unmittelbare statutarische Drittrechte 186

a) Der Grundsatz 186

b) Die einzelnen Rechte 187

aa) Verbindliche Vorschlagsrechte 187

bb) Weisungsrechte 187
cc) Genehmigungs- bzw. Zustimmungsrechte 187
dd) Vetorechte 188
ee) Verfügungsrechte über den Reingewinn 188
3. Mittelbare statutarische Drittrechte 188
a) Der Grundsatz 188
b) Die einzelnen Rechte 189
aa) Kontrollrechte 189
aaa) Einsichtsrechte 189
bbb) Auskunftsrechte 189
bb) Teilnahmerechte 189
cc) Unverbindliche Vorschlagsrechte 190
dd) Einberufungsrechte 190
ee) Sonderfall der statutarischen Zweckbindung 190
4. Dritten ausnahmslos verwehrte Rechte 190
a) Der Grundsatz 190
b) Das Beispiel des Stimmrechts 191

ABKUERZUNGEN (keine abschliessende Aufzählung)

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	deutsches Aktiengesetz vom 6. September 1965
aOR	altes Obligationenrecht = Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juli 1881
BGHZ	Entscheidungen des Deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BlHE	Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen
BlZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
DB	Der Betrieb
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
E 1919	Huber Eugen: Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts (1919)
E 1923	Hoffmann Arthur: Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts (1923)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
ProtExp 1928	Protokoll der Expertenkommission für die Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts (1928)
revOR	im Gegensatz zu aOR: Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
RGZ	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen
S. A.	Société Anonyme
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht
SBG	Schweizerische Bankgesellschaft, Zürich
SBV	Schweizerischer Bankverein, Basel
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung

SKA	Schweizerische Kreditanstalt, Zürich
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

LITERATURVERZEICHNIS

Allemann Fridolin: Das Verhältnis des Reglementes zu den Statuten der AG (Diss. Zürich 1951)

Arbenz Ernst: Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1929)

Bachmann Gottlieb: Die Sonderrechte des Aktionärs (Diss. Zürich 1901)

Bär Rolf: Aktuelle Fragen des Aktienrechts in: ZSR 85 (1966) II S. 321 ff.

Bartlomé Fritz: Die Statuten der AG (Diss. Bern 1949)

Bauer Axel: Der Partizipationsschein im Schweizer Aktienrecht – im Vergleich zum deutschen Aktienrecht (Diss. Zürich 1976)

Brunner Jean-Pierre: Die Publizität der schweizerischen Aktiengesellschaften, insbesondere das Postulat der Bilanzklarheit (Diss. Zürich 1973)

Bürgi Wolfhart F.: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd. V/5b/1 und 2: 1. Halbband: Rechte und Pflichten der Aktionäre (OR660-697, Zürich 1957); 2. Halbband: Organisation der Aktiengesellschaft (OR698-738, Zürich 1969)

Burckhardt Walther: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (2. A. Zürich 1944)

Caflisch Silvio: Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1961)

Daeniker Armin: Untersuchungen über Wesen und Aeusserungen der Körperschaftsgewalt bei privaten Verbänden (Diss. Zürich 1922)

Egger August: Einleitung und Personenrecht, Zürcher Kommentar, Bd. I (2. A. Zürich 1930)

Eisenberg Melvin A.: The structure of the Corporation (Boston/Toronto 1976)

Emmerich V./Sonnenschein J.: Konzernrecht (2. A. München 1977)

Erb Karl: Rechtsstellung und Organisation der gemischtwirtschaftlichen Bankunternehmungen in der Schweiz (Diss. Zürich 1938)

Forstmoser Peter: Die Genossenschaft, Berner Kommentar, Bd. VII/4, 1. Lieferung: Systematischer Teil und Art. 828-838 (Bern 1972)

– Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Zürich 1978) zit.: Verantwortlichkeit

Forstmoser P./Meier-Hayoz A.: Einführung in das Schweizerische Aktienrecht (Bern 1976)

Frankenberg Philipp: Die konzernmässige Abhängigkeit (Diss. Zürich 1937)

Funk Fritz: Kommentar des Obligationenrechts, 2. Band: Das Recht der Gesellschaften (Aarau 1951)

Gehriger Pierre-Olivier: Faktische Organe im Gesellschaftsrecht (Diss. St. Gallen 1979)

von Greyerz Christoph: Die Verwaltung in der privaten Aktiengesellschaft in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG (Zürich 1978) S. 57 ff.

Guhl/Merz/Kummer: Das Schweizerische Obligationenrecht (6. A. Zürich 1971)

Guldener Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht (3. A. Zürich 1979)

Gutzwiller Max: Zürcher Kommentar zum Genossenschaftsrecht, Bd. V/6, Art. 828-878 (Zürich 1972)

Haefliger Peter: Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft (Diss. Bern 1978)

Henn Harry G.: Handbook of the Law of Corporations and other Business Enterprises (2nd Ed., St. Paul, Minn. 1970)

Herren Klaus W.: Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen (Diss. Bern 1973)

Hüppi David: Die Methode zur Auslegung von Statuten (Diss. Zürich 1971)

Jäggi Peter: Ungelöste Fragen des Aktienrechts in: SAG 31 (1958/59) S. 57 ff., zit.: SAG 31

– Von der Beratung an der Generalversammlung der Aktiengesellschaft in: Festschrift Walther Hug (Bern 1968) S. 333 ff., zit. Festschrift Hug

Jüngling Alfred: Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen in der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft (Diss. St. Gallen 1948)

König Walter: Statut, Reglement, Observanz: Die Formen einer Körperschaftsordnung (Diss. Zürich 1934)

Konow Karl-Otto: Zum Tätigkeitsbereich der Beiräte bei Aktiengesellschaften in: DB 1966, S. 332 f.

Kronstein Heinrich: Die abhängige juristische Person (München/Berlin/Leipzig 1931)

Kummer Max: Grundriss des Zivilprozessrechts (3. A. Bern 1978)

Landolt Emil: Beiträge zum Rechte der Generalversammlung (Diss. Zürich 1922)

Larenz Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II: Besonderer Teil (11. A. München 1977)

Lehmann Karl: Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Bd. (Berlin 1904)

Lehner Othmar: Gemeinsame Charakterzüge und Wirkungen der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte in: SAG 26 (1953/54) S. 189 ff./ 218 ff., zit.: SAG 26

– Die rechtliche Struktur und die Hauptarten der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte in: SJZ 50 (1954) S. 73 ff., zit.: SJZ 50

Locher Kurt: Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im schweizerischen Aktienrecht (Diss. Bern 1941)

Maurer Hans: Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person bei Konzern und Kartell (Diss. Zürich 1953)

Meier-Hayoz Arthur: Zur Gesetzes- und Vertragsauslegung in: SJZ 52 (1956) S. 173 ff., zit.: SJZ 52

– Zur Typologie im Aktienrecht in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für W. F. Bürgi (Zürich 1971) S. 243 ff., zit.: Lebendiges Aktienrecht

Meier-Hayoz A./Forstmoser P.: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts (2. A. Bern 1976)

Meier-Hayoz/Schluep/Ott: Zur Typologie im Schweizerischen Gesellschaftsrecht in: ZSR 90 (1971) I S. 293 ff.

Mengiardi Peider: Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts in: ZSR 87 (1968) II S. 1ff.

Meyer-Cording Ulrich: Die Rechtsnormen (Tübingen 1971), zit.: Rechtsnormen

– Die Vereinsstrafe (Tübingen 1957), zit.: Vereinsstrafe

Möhring-Schwartz-Rowedder-Haberlandt: Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung (2. A. Berlin 1966)

Moser Susy: Wohnbaugenossenschaften (Diss. Zürich 1978)

Müller Robert: Gesellschaftsvertrag und Synallagma (Diss. Zürich 1971)

Oesch Franz Peter: Der Minderheitenschutz im Konzern nach schweizerischem und amerikanischem Recht (Diss. Bern 1971)

Ott Walter: Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des Schweizerischen Aktienrechts (Diss. Zürich 1972)

Pedrazzini Mario: Rechtliche Probleme der Mitbestimmung in: Lattmann/Ganz, Mitbestimmung in der Unternehmung (Bern 1972) S. 123 ff.

Pestalozzi-Henggeler Regula: Die Namenaktie und ihre Vinkulierung (Diss. Zürich 1948)

Peyer Hans Konrad: Die Zweimann-Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1963)

Pfenninger Conrad: Vinkulierte Aktien und ihre Aktualität heute in: SAG 37 (1965) S. 233 ff.

Picenoni Vito: Rechtsformen konzernmässiger Abhängigkeit, ein Beitrag zur Frage des "abhängigen Verwaltungsrates" in: SJZ 51 (1955) S. 321 ff.

Plüss Martin: Der Schutz der freien Aktionäre im Konzern (Diss. St. Gallen 1977)

Praël Christoph: Eingliederung und Beherrschungsvertrag als körperschaftliche Rechtsgeschäfte (Berlin 1978)

Rutenfranz Winfried: Der "Beirat" im Gesellschaftsrecht in: NJW 1965 S. 238 f.

Salzgeber-Dürig Erika: Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien (Diss. Zürich 1970)

Schindler Robert: Die Publizitätsvorschriften bei der Rechnungslegung der AG (Diss. Bern 1967)

Schluep Walter R.: Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht (Diss. St. Gallen 1955) zit.: Diss.

– Mitbestimmung? in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für W. F. Bürgi (Zürich 1971) S. 311 ff., zit.: Mitbestimmung

Schönenberger W./Jäggi P.: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. V/1a, Art. 1-17 (3. A. Zürich 1973)

Schneider Uwe H.: Die Haftung von Mitgliedern des Beirates einer Personengesellschaft in: DB 1973 S. 953 ff.

Schucany Emil: Die Wirkung statutarischer Vorkaufsrechte an Aktien gegenüber Dritterwerbern in: SAG 27 (1954/55) S. 63 ff., zit.: SAG 27

– Aktienrechts-Kontroversen (II) in: SAG 33 (1960/61) S. 243 ff., zit.: SAG 33

Schürmann Leo: Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation in: ZSR 72 (1953) S. 65a ff.

Siegwart Alfred: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd. V/5a: Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659 (Zürich 1945)

von Steiger Fritz: Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz (4. A. Zürich 1970)

– Das Vorkaufsrecht und Kaufsrecht an Aktien in: SAG 16 (1943/44) S. 1 ff., zit.: SAG 16

von Steiger Werner: Gesellschaftsrecht, allgemeiner Teil und besonderer Teil (Personengesellschaften) in: Schweizerisches Privatrecht Bd. VIII/1 (Basel und Stuttgart 1976) S. 211 ff., zit.: Privatrecht

– Betrachtungen über die rechtlichen Grundlagen der Aktiengesellschaft in: ZbJV 91 bis (1955) S. 334 ff., zit.: ZbJV 91 bis

– Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz in: ZSR 62 (1943) S. 195a ff.

Stoffel Armin: Beamte und Magistraten als Verwaltungsräte von gemischt-wirtschaftlichen Aktiengesellschaften (Diss. St. Gallen 1975)

Strässle Peter: Die Vorschriften über die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen (Art. 1157-1186 OR) in ihrer Anwendbarkeit auf die Gläubigergemeinschaft bei Genusscheinen nach Art. 657 Abs. 4 OR (Diss. Freiburg 1961)

Tappolet Klaus: Schranken konzernmässiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1973)

Teichmann Arndt: Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen (München 1970)

Triebel Volker: Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Heidelberg 1978)

von Tuhr Andreas: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 (Leipzig 1910)

von Tuhr A./Peter H.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I/1. Lieferung (3. A. Zürich 1974)

Ulmer Peter: in Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Grosskommentar 1. Bd.: Gesetzestexte, Allgemeine Einleitung, §§ 1-12 (7. A. Berlin/New York 1975)

Ulmschneider Rudolf: Die Möglichkeiten einer statutarischen Einflussnahme Dritter auf die GmbH und die AG (Diss. Mannheim 1954)

Vischer F./Rapp F.: Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts (Bern 1968)

Vorentwurf der Arbeitsgruppe zum Bundesgesetz betreffend die Aenderung des 26. Titels des Obligationenrechts: Die Aktiengesellschaft (Bern 1975)

von Waldkirch Beatrice: Die Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1953)

Weiss Gottfried: Berner Kommentar zum Aktienrecht, 1. Lieferung: Einleitung (Bern 1956)

Widmer K.: Statutarisches Vorkaufs- und Vorhandrecht an Aktien in: SAG 40 (1968) S. 1 ff./40 ff.

Wiedemann Herbert: in Grosskommentar zum Aktiengesetz, 3. Bd. §§ 179-290 (3. A. Berlin/New York 1973)

– Die Auslegung von Satzungen und Gesellschaftsverträgen in: DNotZ, Sonderheft 1977, S. 99 ff., zit.: Auslegung

– Verbandssouveränität und Ausseneinfluss, Gedanken zur Errichtung eines Beirats in einer Personengesellschaft in: Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht, Festschrift für Wolfgang Schilling (Berlin 1973), S. 105 ff., zit.: Festschrift Schilling

Wieland Alfred: Haben Statutarische Vorkaufsrechte an Aktien obligatorische oder aktienrechtliche (dingliche) Wirkung? in: SAG 27 (1954/55) S. 152 ff.

Wiethölter Rudolf: Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht (Karlsruhe 1961)

Winkler Karl: Materielle und formelle Bestandteile in Gesellschaftsverträgen und Satzungen und ihre verschiedenen Auswirkungen in: DNotZ 1969 S. 394 ff.

Würdinger Hans: Aktien- und Konzernrecht (3. A. Karlsruhe 1973)

Zehnder Werner: Die Beteiligung des Gemeinwesens an der Aktiengesellschaft (Diss. Basel 1944, Maschinenschrift)

Zöllner Wolfgang: in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 2. Lieferung, §§ 179-206 (Köln 1971)

Zweifel Martin: Holdinggesellschaft und Konzern (Diss. Zürich 1973)

EINLEITUNG:
Umschreibung und Abgrenzung des Themas

Allgemein besteht die Tendenz, den Einflussbereich der ausserhalb der herkömmlichen Organisationsstruktur der AG stehenden Kreise zu erweitern, wobei in diesem Zusammenhang in erster Linie an die Mitbestimmung der Arbeitnehmer gedacht wird. Gerade dieser Themenkreis beinhaltet aber Postulate, die wegen ihrer grossen Tragweite das eigentliche Gebiet des Aktienrechts verlassen, weshalb sich für diese Fragen in den Statuten, die als aktienrechtliches Institut primär eine organisatorische Innenwirkung entfalten, keine Basis findet. Daher bedürfen Problemkreise wie die Mitbestimmung der Arbeitnehmer einer grundsätzlichen, gesetzlichen, wenn nicht sogar verfassungsrechtlichen Regelung.

Gegenstand dieser Arbeit ist nun aber die Frage, inwieweit ausserhalb des Organisationsgefüges der Aktiengesellschaft stehenden Dritten, wie etwa den Gläubigern oder dem Gemeinwesen, statutarische Einflussrechte – im Sinne von Weisungs- und Kontrollrechten – gewährt werden können, ohne dass dadurch die gesetzlich festgelegte Struktur der AG als Körperschaft, bzw. ihre Funktionsfähigkeit schlechthin, tangiert wird. Es muss sich also um Rechte handeln, die zwar Aussenstehenden zukommen, die aber trotzdem ins Gesamtbild des Aktienrechts passen und daher in den Statuten verankert werden können. Das Problem der Zulässigkeit statutarischer Drittrechte im allgemeinen ist deshalb auch eine Frage der Abwägung zwischen weitestgehender aktienrechtlicher Gestaltungsfreiheit einerseits und den Forderungen nach Persönlichkeitsschutz und Festigkeit der Organisation einer juristischen Person andererseits.

Nebst diesen grundsätzlichen Fragen sollen im allgemeinen Teil dieser Arbeit Rechtsnatur und Wirkungen der Statuten behandelt werden. Betrachtet man nämlich die Statuten als Vertrag bzw. als Institut, das ausschliesslich Innenwirkungen entfaltet, so ist für statutarische Drittrechte a priori kein Platz.

Der besondere Teil befasst sich mit den verschiedenen Erscheinungsformen statutarischer Drittrechte. Im Vordergrund steht die Unterscheidung zwischen sog. unechten und echten Statutenbestandteilen. Während die unechten statutarischen Drittrechte dadurch gekennzeichnet sind, dass sie nur vertragliche Wirkungen erzielen, beeinflussen die echten Statutenbestimmungen zugunsten Dritter die Gesamtstruktur der AG, womit ihnen körperschaftliche Bedeutung zukommt.

Allgemeiner Teil:

RECHTSNATUR UND WIRKUNGEN DER STATUTEN SOWIE DIE FRAGE DER ZULAESSIGKEIT STATUTARISCHER DRITTRECHTE IM ALLGEMEINEN

§ 1 DIE RECHTSNATUR DER STATUTEN EINER AKTIENGESELLSCHAFT

I. Die Statuten als privatautonome, organisatorische Grundordnung einer Aktiengesellschaft

1. Einleitende Bemerkungen

Um als "Rechts- und Sozialgebilde" existieren zu können, bedarf jede juristische Person, damit auch die Aktiengesellschaft, einer rechtlichen Organisation[1]. Diese ist zwar durch zwingende gesetzliche Bestimmungen zu einem grossen Teil vorgegeben, doch finden diese Vorschriften ihre konkrete Geltung und Individualisierung erst in den Statuten einer Aktiengesellschaft, wo sie durch weitere, dispositive Normen ergänzt werden.

Das Gesetz setzt demnach eine "weitmaschige Rahmenordnung" für die Aktiengesellschaft, die aber erst durch die Statuten "ihren bestimmten, freiwillig erwählten Lebenskreis" erhält[2].

Entsprechend ihrer Wichtigkeit für die Aktiengesellschaft werden die Statuten vor allem in der älteren Literatur oft mit Begriffen des öffentlichen Rechts umschrieben. So werden die Statuten einerseits als

---

1 Praël S. 17

2 von Waldkirch S. 44 ff.

"Verfassung" der Aktiengesellschaft[3] oder auch als deren "Grundgesetz"[4] bezeichnet.

Andererseits werden die Statuten aber auch als "Gesellschaftsvertrag" definiert[5]. Diese unterschiedlichen Bezeichnungen machen deutlich, dass die Rechtsnatur der Statuten früher stark umstritten war und es auch heute noch ist[6].

Bevor aber auf diese Kontroverse eingegangen werden kann, soll versucht werden, Begriff und Funktion der Statuten zu umschreiben.

2. Begriff und Funktion der Statuten einer Aktiengesellschaft

a) Der Begriff der Statuten

Das Gesetz selbst gibt, im Gegensatz zu entsprechenden Ansätzen im deutschen Recht[7], keine Begriffsumschreibung der Statuten, sondern umfasst lediglich eine Aufzählung derjenigen Bestimmungen, die zum absolut und bedingt notwendigen Inhalt der Statuten gehören[8]. Dagegen hat sich in der Literatur eine Auffassung entwickelt, welche die Doppelnatur der Statuten einer Aktiengesellschaft[9] unterstreicht: einerseits

---

3 vgl. u.a. Lehmann S. 2, von Tuhr S. 498, Bachmann S. 58, Landolt S. 21, Daeniker S. 15, König S. 15, Bartlomé S. 42, Allemann S. 25, Burckhardt S. 295, Funk Art. 626 N. 1, F. von Steiger S. 38, Müller S. 35, Hüppi S. 1, Praël S. 16, Stoffel S. 202

4 vgl. u.a. Guhl in SJK Nr. 391, Guhl/Merz/Kummer S. 578, von Waldkirch S. 44, Peyer S. 76, Möhring-Schwartz S. 1, Meyer-Cording (Rechtsnormen) S. 83, Siegwart Einl. N. 294, Gutzwiller Art. 833 N. 14, Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N. 2 S. 116

5 vgl. in erster Linie Egger Art. 60 N. 17;
auch das AktG bezeichnet in § 2 die "Satzung" als "Gesellschaftsvertrag"

6 vgl. W. von Steiger (Privatrecht) S. 273

7 vgl. oben Anm. 5

8 vgl. Art. 626 f. OR

9 vgl. Siegwart Art. 626 N. 11

sind die Statuten nämlich "Komplexe von Rechtsnormen, die als Verfassung von Körperschaften funktionieren"[10] und damit "den vom Gemeinwesen gesetzten Normen insoweit ähnlich" sind, "als durch sie das Leben eines Verbandes nach innen und nach aussen geregelt wird"[11]. Andererseits ist es aber den Gründern bzw. den späteren Mitgliedern einer Aktiengesellschaft freigestellt, im Rahmen der gesetzlichen Ordnung die Statuten nach ihrem Ermessen zu gestalten bzw. abzuändern. Diese beruhen insofern also auch auf rechtsgeschäftlicher Grundlage und haben damit "ihren Geltungsgrund unmittelbar in der Privatautonomie"[12].

Bei den Statuten einer Aktiengesellschaft stehen daher zwei Wesensmerkmale im Vordergrund: Einerseits enthalten die Statuten als Grundordnung jeder Aktiengesellschaft "Regeln objektiver und genereller Natur"[13], andererseits bilden sie in Form eines Organisationsvertrages "die Summe jener rechtsgeschäftlich aufgestellten Normen, welche in Ergänzung oder Abänderung des Gesetzes die körperschaftlichen Rechtsverhältnisse der Gesellschaft regeln und damit die Gesellschaft gegenüber den übrigen Aktiengesellschaften individualisieren"[14].

b) Die Funktion der Statuten[15]

aa) Die Primärfunktion von Statuten

Es ist unbestritten, dass die Statuten einer Aktiengesellschaft primär Wirkungen nach innen entfalten: sie verfeinern die gesetzliche Organisa-

---

10 Hüppi S. 1

11 Siegwart Art. 626 N. 1

12 Hüppi S. 1

13 Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N. 2 S. 116

14 Würdinger S. 33; vgl. auch Mengiardi P., Statutarische Auflösungsgründe im Recht der Aktiengesellschaft in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für W. F. Bürgi (Zürich 1971) S. 266

15 vgl. dazu Praël S. 23

tion und regeln die Rechte und Pflichten aller Beteiligten. Man könnte die Statuten deshalb auch als "Inbegriff der Regeln" bezeichnen, "welche die Identität und das innere Leben" der Aktiengesellschaft bestimmen[16]. Diese Organisationsfunktion ist kennzeichnend für alle Statuten von Aktiengesellschaften[17].

bb) Die weiteren Funktionen von Statuten

- Während des Gründungsverfahrens einer AG nehmen die Statuten eine Entstehungsfunktion wahr, "die auf die Schaffung der rechtlichen Voraussetzungen für die Gesellschaftsgründung ausgerichtet ist"[18].
- Die Statuten sind zudem Publizitätsmittel der Aktiengesellschaft, indem sie mit Hilfe des Handelsregistereintrages die Grundordnung der AG einer breiteren Oeffentlichkeit zugänglich machen (Publizitätsfunktion).
- Im weitern schützen die Statuten die Körperschaft vor übereilten Umstrukturierungen und Zweckänderungen: Statuten können nämlich nur unter Einhaltung bestimmter Abstimmungsquoren abgeändert werden (Schutzfunktion).
- Sodann kommt den Statuten durch die Aufnahme zahlreicher individueller Bestimmungen und durch die Festlegung von Name, Sitz und Tätigkeitsbereich einer AG eine starke Individualisierungsfunktion zu.
- Schliesslich können die Statuten einer AG auch vorplanend-gestaltende Aufgaben wahrnehmen. Indem sie nämlich Tendenzrichtlinien aufstellen, erfüllen sie eine Art Programmfunktion[19].

---

16 von Tuhr S. 498

17 Zur weiteren Unterscheidung zwischen Innen- und Aussenwirkung von Statuten vgl. unten § 2 S. 35 ff.

18 Stoffel S. 205

19 vgl. Mertens in NJW 1970 S. 1724

II. Die Kontroversen um die Rechtsnatur der Statuten

1. Die Grundlagen des Streits um die Rechtsnatur der Statuten: ein Ueberblick

"Ueber die Rechtsnatur der Statuten ist viel gestritten worden. Wenn wir die Statuten nicht zu einem Rechtsbegriff sui generis stempeln wollen, messen wir ihnen entweder Vertragscharakter bei oder wir betrachten sie als objektives Recht"[1]. Diese Feststellung Landolts widerspiegelt die kontroverse Problematik der Rechtsnatur von Statuten, mit der sich die Wissenschaft seit Jahrzehnten beschäftigt. Ausgangspunkt der Diskussion sind die unterschiedlichen Auffassungen vom "Wesen der Körperschaft"[2]. Es würde zu weit führen, im Rahmen dieser Einleitung im einzelnen auf die verschiedenen Körperschaftstheorien einzugehen. Hinweise müssen genügen, umsomehr als diese theoretische Diskussion in neuerer Zeit eher praktischen Erwägungen weichen musste.

a) Die ursprüngliche, auf den Körperschaftstheorien basierende Trennung in dualistische und monistische Auffassungen

Basierend auf der sog. Realitätstheorie von Gierkes betont die dualistische Richtung[3] die scharfe Trennung zwischen den auf einer autonomen Satzung beruhenden Körperschaften und den auf Vertrag basierenden Personengesellschaften[4]. Entsprechend dieser strengen Zäsur werden die Statutenbestimmungen einer Aktiengesellschaft im Gegensatz zum Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft als objektive Rechtsnor-

---

1 Landolt S. 22

2 vgl. W. von Steiger (Privatrecht) S. 273 sowie S. 282 ff.

3 für die Schweiz: Eugen Huber in seinem Bericht zu E 1919 (vom März 1920)

4 vgl. W. von Steiger (Privatrecht) S. 283

men bezeichnet, um damit den gesetzesähnlichen Charakter der Statuten zu unterstreichen.

Demgegenüber hebt die monistische Auffassung[5] basierend auf der Fiktionstheorie von Savignys hervor, dass Personengesellschaften und Körperschaften "nur verschiedene Ausprägungen ein und derselben Grundform, der Gesellschaft als vertraglich vereinbarter Zweckgemeinschaft"[6] darstellen. Dieser Theorie folgend wird der Geltungsgrund der Statuten in der Privatautonomie gesucht, und die Statuten selbst werden dem weiten Begriff des Gesellschaftsvertrages zugeordnet.

b) Die Abkehr von einer einseitig dualistischen bzw. monistischen Auffassung

In Anlehnung an den Monismus wird in der neueren schweizerischen Doktrin verschiedentlich auf die Relativität der Unterscheidung zwischen körperschaftlich und rechtsgemeinschaftlich strukturierten Gesellschaften hingewiesen[7] und im wesentlichen die folgende Mittellinie befürwortet: "Personengesellschaften und Körperschaften sind Zweckgemeinschaften, die auf einem Gesellschaftsvertrag beruhen und auch in manchen Einzelheiten gemeinsame Züge aufweisen. Eine scharfe (absolute) Grenzziehung zwischen den beiden Gesellschaftskategorien lässt sich daher nicht rechtfertigen"[8]. Dabei ist allerdings zu beachten, dass jede Körperschaft nach ihrer Entstehung einen institutionellen Charakter besitzt, und dass der "numerus clausus" im Gesellschaftsrecht keine Typenvermischung zulässt[9].

---

5 für die Schweiz: Wieland Karl, Handelsrecht Bd. 1 (München/Leipzig 1921) S. 427, Burckhardt Walther, Die rechtliche Natur der Personenverbände (Diss. Bern 1896) S. 116 ff., insbesondere S. 117.

6 W. von Steiger (Privatrecht) S. 283; vgl. auch 69 II 248

7 vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N. 99 ff. S. 76 ff.

8 W. von Steiger (Privatrecht) S. 288

9 vgl. W. von Steiger (Privatrecht) S. 288

Vor dem Hintergrund dieser Milderung des Gegensatzes zwischen Körperschaft und Personengesellschaft verliert auch die scharfe Gegenüberstellung von Statuten als Summe objektiver Rechtsnormen einerseits und als auf gegenseitiger Willensübereinstimmung beruhendem Vertrag andererseits an Bedeutung.

Dennoch gibt es auch in der heutigen Praxis Fälle, wo die Rechtsnatur der Statuten eine entscheidende Rolle spielt, man denke vor allem an die Auslegung der Statuten, gerade auch im Zusammenhang mit zur AG in Beziehung tretenden Dritten[10]. Wie noch zu zeigen sein wird, ist daher im Einzelfall zu entscheiden, ob die Gesetzes- oder die Vertragsähnlichkeit der Statuten überwiegt[11].

2. Die Stellungnahme des schweizerischen Gesetzgebers zur Rechtsnatur der Statuten

Im Gegensatz zum alten Obligationenrecht[12], wo im Titel über die Aktiengesellschaft die Statuten als "Gesellschaftsvertrag"[13] und in demjenigen über die Genossenschaft als "Gründungsvertrag"[14] bezeichnet werden, aber auch in Abweichung vom deutschen Aktiengesetz, in dessen § 2 von der "Satzung" als "Gesellschaftsvertrag" gesprochen wird, enthält das geltende Gesetz keinen unmittelbaren Hinweis auf die Rechtsnatur der Statuten. Die Entwürfe zum revOR sprachen generell von den Statuten, wichen aber in Einzelfällen von dieser Terminologie ab[15]. In der Expertenkommission war man indessen um eine einheitliche Terminologie bemüht[16]. Zum einen wollte man keine zusätzlichen Konfusionen

---

10 vgl. dazu unten S. 28 ff

11 vgl. Siegwart Art. 626 N. 2, Schluep (Diss) S. 22, auch unten S. 13 f.

12 BG über das Obligationenrecht vom 14. Juli 1881

13 Art. 615 aOR

14 Art. 679 aOR

15 vgl. E 1923: Art. 653/787

16 ProtExp 1928 S. 486

stiften, zum andern war man der Ansicht, es sei nicht Aufgabe des Gesetzgebers, zur Rechtsnatur der Statuten Stellung zu beziehen[17]. Hauptgrund für eine einheitliche Verwendung des Ausdruckes "Statuten" dürfte schlussendlich die Ueberzeugung gewesen sein, man müsse für die Grundordnungen aller Körperschaften einen einheitlichen Begriff heranziehen.

Trotzdem weisen verschiedene Gesetzesbestimmungen des Aktienrechts indirekt auf die Rechtsnatur der Statuten hin. So bestimmt z. B. Art. 635 Abs. 3 OR, dass im Falle einer Sukzessivgründung an der konstituierenden Generalversammlung wesentliche Aenderungen des Statutenentwurfs nur mit Zustimmung sämtlicher an der Versammlung vertretenen Zeichner beschlossen werden können, eine Vorschrift, die an Art. 2 Abs. 1 OR und damit an das allgemeine Vertragsrecht erinnert. Andererseits können einzelne Statutenbestandteile einer bereits bestehenden Aktiengesellschaft durch einfache oder qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse abgeändert werden[18], ein Prinzip, das mit den Regeln des Vertragsrechts kaum in Einklang zu bringen ist.

Vereinfachend könnte man deshalb festhalten, der Gesetzgeber lege hinsichtlich der ursprünglichen Statuten den Akzent auf die Analogie zum Gesellschaftsvertrag, während er bei Statutenänderungen einer bereits bestehenden Aktiengesellschaft jenen Elementen den Vorzug gibt, die den Statuten den Charakter eines Grundgesetzes verleihen[19].

3. Die Kontroverse in der schweizerischen Doktrin zur Rechtsnatur der Statuten

a) Einleitung

In der Literatur werden zum Problem der Rechtsnatur der Statuten zwei Theorien vertreten: Die Vertragstheorie[20] sieht in den Statuten "ein auf

---

17 ProtExp 1928 S. 196

18 vgl. Art. 647 ff. OR

19 vgl. Schluep (Diss) S. 22

20 Praël S. 26 bezeichnet sie als Theorie der Privatautonomie

subjektiver Grundlage beruhender Vertrag"[21], während die Anhänger der Normentheorie[22] in den Statuten objektives Recht, wenn auch zur Erreichung subjektiver Ziele[23], erkennen. Beide Theorien zeigen richtige Ansätze zur Problemlösung, doch keine der beiden kann, wie noch zu zeigen sein wird, für sich allein genügen.

b) Die Vertragstheorie[24]

Diese Theorie geht zurück auf die Vorstellung, die Aktiengesellschaft sei mit dem Begriff der römischrechtlichen "societas" zu erklären[25]. Entsprechend werden die Statuten als Gesellschaftsvertrag im eigentlichen Sinn, d.h. als Vertrag zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft betrachtet. Auch erscheinen Statuten durchaus als Rechtsgeschäfte, wenn man darunter "eine auf rechtliche Wirkung (Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses) gerichtete Willensäusserung einer oder mehrerer Privatpersonen"[26] versteht.

Andererseits kann nicht ausser Acht gelassen werden, dass jede Aktiengesellschaft, einmal dem Gründungsstadium entronnen, eine von ihren Mitgliedern verselbständigte Körperschaft darstellt, und die Statuten daher das die Organisation regelnde, jedoch individuell gestaltete Grundgesetz der Aktiengesellschaft bilden. Deshalb berufen sich die Anhänger der Vertragstheorie in erster Linie auf den Vorgang der Gründung der Aktiengesellschaft[27]. Zwar kann bei den ersten Statuten in-

---

21 Bartlomé S. 40

22 auch als Grundgesetztheorie (Bartlomé S. 42) bzw. Theorie der autonomen Satzung (Daeniker S. 17) bezeichnet

23 Burckhardt S. 295

24 Die Anhänger der Vertragstheorie finden sich vor allem in der Literatur zum Vereinsrecht: Egger bezeichnet die Statuten "zutreffend" als Gesellschaftsvertrag (Art. 60 N. 17); vgl. auch von Tuhr/Peter S. 144

25 vgl. Bachmann S. 52 f., Bartlomé S. 41

26 von Tuhr/Peter S. 143

27 statt vieler vgl. Meyer-Cording (Vereinsstrafe) S. 33

sofern noch von einem Vertrag gesprochen werden, "als sie dem übereinstimmenden Willen aller ursprünglichen Gesellschafter entsprechen"[28], doch sollte nicht übersehen werden, dass die Aktiengesellschaft ihre Existenz ja nicht nur auf das Gründungsstadium beschränkt.

c) Die Normentheorie[29]

So wie die Verfechter der Vertragstheorie vor allem die Gründung betrachten, so lenken die zahlreicheren Anhänger der Normentheorie ihr besonderes Augenmerk auf die Willensbildung in der Aktiengesellschaft[30]. Diese unterliegt dem Mehrheitsprinzip, ein Grundsatz, der mit dem Vertragsrecht nicht zu vereinbaren ist. Zudem hätten die Statuten, wollte man sie als Vertrag betrachten, gegenüber neueintretenden Aktionären keine Geltung, d. h. es müsste ein neuer Vertrag geschlossen werden, da die jetzigen Statuten nur für die bisherigen Mitglieder verbindlich wären. Dem steht aber das geltende Aktienrecht entgegen, das grundsätzlich mit dem rechtmässigen Erwerb einer Aktie auch die Mitgliedschaft entstehen lässt. Der Aktionär wird somit beim Eintritt in die Aktiengesellschaft in ähnlicher Weise vor vollendete Tatsachen gestellt, wie wenn er allgemeine Geschäftsbedingungen akzeptiert oder sich staatlichen Gesetzen unterstellt.

Aus diesen Gründen überwiegt die Zahl der Befürworter der Normentheorie, welche die Statutenbestimmungen den objektiven Rechtsnormen insofern gleichstellen, als sie bindende, vom Willen des Einzelnen losgelöste Kraft gegenüber allen Angehörigen der betreffenden Rechtsgemeinschaft ausüben.

---

28 Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N. 91 S. 74

29 als Anhänger der Normentheorie vgl. u. a.:
Burckhardt S. 295, Bartlomé S. 40 ff., König S. 14 ff., Allemann S. 24 f., Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N. 92 S. 74 f.

30 vgl. Meyer-Cording (Vereinsstrafe) S. 36

Deshalb werden die Statuten auch oft als Verfassung oder Grundgesetz der Aktiengesellschaft bezeichnet[31], denn "ähnlich wie eine Staatsverfassung grenzen sie Kompetenzen ab und weisen bestimmte Funktionen bestimmten Instanzen zu"[32].

d) Die Mittellösung: Die Statuten als "Rechtsbegriff sui generis"

Dass heute in der Beurteilung der Rechtsnatur von Statuten eine "differenzierte Betrachtungsweise" am Platz ist[33], zeigt allein die Tatsache, dass bei der Auslegung von Statuten weder nur die Vertragstheorie noch allein die Normentheorie zum Ziel führt[34]. Vielmehr sind z.B. bei der Auslegung innergesellschaftlicher Beziehungen sicher andere Kriterien massgebend als bei der Beurteilung externer Verhältnisse, m.a.W. bei der Auslegung von Statuten vermögen weder die vertraglichen noch die gesetzlichen Interpretationsmethoden für sich allein zu genügen[35].

Aber auch die Statuten als Rechtsbegriff sind gekennzeichnet durch ihre Doppelnatur[36]: Ursprünglich durch gegenseitige Willenseinigung der Gründer entstanden, lösen sie sich im Verlaufe der Existenz der Aktiengesellschaft vom vertraglichen Ursprung und werden zu der für alle Beteiligten verbindlichen, organisatorischen Gesellschaftsordnung.

Einerseits enthalten die Statuten den AGB ähnliche, bei allen Gesellschaften wiederkehrende, stereotype Klauseln[37], andererseits finden sich in den Statuten aber auch Bestimmungen, die je nach Gesellschafts-

---

31 vgl. oben S. 4

32 Müller S. 35

33 W. von Steiger (Privatrecht) S. 274

34 zur Bedeutung der Rechtsnatur von Statuten für ihre Auslegung vgl. unten IV. 2. S. 28 ff.

35 vgl. Meier-Hayoz (SJZ 52) S. 178

36 vgl. auch oben S. 4

37 zur Aehnlichkeit mit den AGB vgl. auch unten S. 24

struktur einen mehr oder weniger ausgeprägten individualrechtlichen Charakter aufweisen. Die statutarische Ordnung ist daher m.E. ein Nebeneinander von rechtsgeschäftlichen Bestimmungen und objektiven Normen, m.a.W. ein in keine bestehende Kategorie einzuordnender "Rechtsbegriff sui generis"[38].

Deshalb ist bei der Beurteilung der Rechtsnatur von Statuten eine begriffsjuristisch einseitige, auf eine der herkömmlichen Theorien fixierte Betrachtungsweise zu vermeiden. Nur eine flexible, auf den Einzelfall ausgerichtete Haltung kann der Mehrdimensionalität und Vielgestaltigkeit statutarischer Normen gerecht werden.

4. Die Stellungnahme der schweizerischen Rechtsprechung zur Rechtsnatur der Statuten

Durchgeht man die schweizerische Rechtsprechung, so vermittelt sie, parallel zur deutschen Praxis[39], auf den ersten Blick kein einheitliches Bild.

Schon 1891 nimmt das Zürcher Handelsgericht auf recht differenzierte Weise Stellung zur Rechtsnatur der Statuten: so seien die Statuten zwar "Verfassung des Aktienvereins; in gewissen Beziehungen haben dieselben aber zugleich die Natur eines Vertrages"[40]. In einem auch heute noch vielbeachteten Entscheid vom 4.5.1900 i.S. Suter & Konsorten gegen Arth-Rigi-Bahngesellschaft[41] hat sich das Bundesgericht in klaren Worten für den Normcharakter der Statuten ausgesprochen: die Statuten seien "aus sich selbst heraus zu interpretieren" bzw. es müsse bei

---

38 vgl. Landolt S. 22, für den Gesellschaftsvertrag: Müller S. 43

39 vgl. Meyer-Cording (Vereinsstrafe) S. 52

40 BlHE 10 (1891) S. 103; vgl. schon BlHE 2 (1883) S. 118 (Rechtsgutachten Endemann)

41 26 II 276 ff.

der Auslegung des Inhaltes der Statuten "vom Standpunkt des Publikums ausgegangen werden"[42]. Damit hat sich das Bundesgericht eindeutig für die objektive Auslegungsmethode entschieden, obwohl es sich im vorliegenden Fall um vermögensrechtliche Ansprüche der Mitglieder handelte. Eine indirekte Bestätigung erhielt diese Rechtsprechung einige Jahre später durch einen Zürcher Entscheid, in welchem darauf hingewiesen wird, auch Statuten könnten Vertragsbestimmungen enthalten – "wie wenig das ihrer juristischen Natur angemessen sein mag"[43].

In der Folge hat sich aber sukzessive eine konträre Praxis entwickelt. In einem Entscheid aus dem Jahre 1922 betont das Bundesgericht, bei der Auslegung von Statuten seien "alle Begleitumstände" zu berücksichtigen, "die einen Schluss auf den wirklichen Willen zulassen, der den betreffenden Satzungen zu Grunde liegt"[44].

Diese Rechtsprechung findet ihren "Höhepunkt" in einem Entscheid vom 16.3.61 i.S. Bundi gegen Pensionskasse der Bell AG[45], wo das Bundesgericht die Statuten einer privatrechtlichen Körperschaft vertraglichen Willenserklärungen gleichsetzt. Entsprechend seien die Statuten wie Verträge, d.h. nach dem Vertrauensprinzip auszulegen[46]. Diese über Jahrzehnte entwickelte Praxis lässt primär den Schluss zu, die schweizerische Rechtsprechung betone fast ausschliesslich den vertraglichen Charakter der Statuten[47]. Dennoch wäre es sicher falsch, wollte man der schweizerischen Praxis vorwerfen, sie wende bei der Interpretation von

---

42 26 II 284

43 BlZR 8 Nr. 139 S. 248

44 48 II 364; vgl. auch Pra 15 Nr. 117 S. 344, 57 II 124, 59 II 295 ff., 80 II 132; aus der kant. Praxis: BlZR 25 Nr. 67 S. 108; BlZR 44 Nr. 106 S. 232

45 87 II 89 ff.

46 87 II 95; ähnlich ein Urteil des Appellationshofes des Kt. Bern in SJZ 52 (1956) S. 179 f.
vgl. aus neuerer Praxis 95 II 559

47 vgl. W. von Steiger (Privatrecht) S. 275

Statuten nur die Methode zur Auslegung von Verkehrsgeschäften an[48]. Einerseits wird nämlich im "leading case" 87 II 89 ff. unterstrichen, die Statuten seien vor allem dann einem Vertrag gleichzusetzen, wenn es sich um vermögensrechtliche Ansprüche der Mitglieder handle, "die ihrer Art nach auch in einem Vertrag geregelt sein könnten"[49]. Andererseits hat das Bundesgericht bewiesen, dass es durchaus bereit ist, bei der Auslegung von Statutenbestimmungen, die sich an ein weiteres Publikum (z. B. Gläubiger) wenden und daher eine gewisse Aussenwirkung erzielen, objektive Gesichtspunkte mitzuberücksichtigen[50].

Deshalb darf m. E. der schweizerischen Rechtsprechung auch in künftigen Entscheiden die bereits im Jahre 1891[51] angedeutete differenzierte Haltung zugemutet werden, die sowohl die vertraglichen als auch die gesetzlichen Komponenten von Statuten in die Beurteilung ihrer Rechtsnatur einbezieht.

5. Einige rechtsvergleichende Bemerkungen zur Rechtsnatur der Statuten

a) Deutschland

Ueber die Rechtsnatur der "Satzung", wie die Statuten im deutschen Recht genannt werden, ist auch in unserem Nachbarland viel gestritten worden[52]. Obschon die Satzung in § 2 des deutschen Aktiengesetzes von 1965 als "Gesellschaftsvertrag" bezeichnet wird, ist in der deutschen Lehre eine grössere Anhängerschaft für die Normentheorie festzustel-

---

48 vgl. Hüppi S. 170

49 87 II 95

50 vgl. 57 II 522 f., 75 II 153 ff. (= Pra 38 Nr. 122)

51 vgl. oben S. 14

52 statt vieler vgl. die ausführlichen Betrachtungen bei Meyer-Cording (Vereinsstrafe) S. 31 ff. und bei Praël S. 22 ff.

len[53]. Auch die deutsche Rechtsprechung hat schon 1886 bzw. 1892 unter dem Einfluss von Gierkes die Satzung zwar als Gesellschaftsvertrag bezeichnet, ihr aber eindeutig die Funktion einer "Verfassung"[54] bzw. eines "Grundgesetzes"[55] der Aktiengesellschaft verliehen. Auch die neuere Praxis des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen bezeichnet die Vereinssatzung als "körperschaftliche Verfassung", die mit ihrem Inkrafttreten "von der Person und dem Willen der Mitglieder des sie beschliessenden Vereinsorgans gelöst und zu einer eigenständigen körperschaftsrechtlichen Norm des Vereinslebens" werde, die nur aus sich selbst heraus interpretiert werden dürfe[56]. Dieser Auffassung folgend müsste man eigentlich annehmen, die Rechtsprechung hätte die Normentheorie vorbehaltlos angenommen[57]. Einer anderen Stelle des gleichen Urteils kann man jedoch entnehmen, die Verbindlichkeit einer belastenden Satzungsbestimmung sei nur dann zu rechtfertigen, wenn sich das Vereinsmitglied durch Einblick in die Satzung entsprechende Kenntnis verschaffen konnte[58].

Diese Stelle des Urteils widerspricht den Auffassungen der Normentheorie und beweist, dass unter Umständen sogar im gleichen Fall die juristische Natur der Statuten je nach Interessenlage verschieden zu beurteilen ist.

b) Frankreich

Der französische Gesetzgeber spricht in der "loi sur les sociétés commerciales", welche auch die Bestimmungen über die "société anonyme" be-

---

53 vgl. u.a. Meyer-Cording (Vereinsstrafe) S. 47, Würdinger S. 33 f.

54 RGZ 18, S. 66

55 RGZ 31, S. 20

56 BGHZ 47 Nr. 23 S. 179 ff.

57 vgl. Meyer-Cording (Rechtsnormen) S. 84

58 BGHZ 47 Nr. 23 S. 175

inhaltet, nur von "statuts", ohne zu ihrer Rechtsnatur Stellung zu beziehen.

Ursprünglich haben Rechtsprechung und Lehre, vor allem im Zusammenhang mit der "association", vorwiegend die Vertragsnatur der Statuten hervorgehoben[59], wobei aber auch die Berücksichtigung des autonomen Charakters der Statuten immer wieder postuliert wurde: "Modifier les statuts, c'est non pas détruire ou renouveler un contrat, mais perfectionner un organisme"[60]. In der neueren Lehre wird einerseits der Vertragscharakter der Statuten unterstrichen[61], andererseits werden die Statuten vom Gesellschaftsvertrag bzw. statutarische Rechte von vertraglichen klar abgegrenzt[62], wobei festzuhalten ist, dass scheinbar keine der beiden Richtungen sich durchsetzen konnte.

Die französische Rechtsprechung hat sich in den letzten Jahren kaum mit der Rechtsnatur der Statuten auseinandergesetzt. Andeutungsweise wird jedoch in vereinzelten Urteilen vor allem die Organisationsfunktion der Statuten betont, und damit die Statuten als objektive Ordnung aufgefasst, der sich die Mitglieder "unterworfen" hätten[63]. Abschliessend kann festgehalten werden, dass dem Theorienstreit um die Rechtsnatur der Statuten in Frankreich nicht die gleiche Bedeutung zukommt wie etwa in Deutschland oder in der Schweiz.

---

59 vgl. Meyer-Cording (Vereinsstrafe) S. 37 f.

60 Thaller E., Traité élémentaire de Droit Commercial (7. éd. Paris 1925), N. 689

61 vgl. etwa Dalsace A., Manuel des Sociétés Anonymes (2. éd. Paris 1955), N. 46 S. 38: "Les statuts constituent le contrat qui lie les membres de la société entre eux."

62 vgl. etwa Ripert/Roblot, Traité élémentaire de Droit Commercial (9. éd. Paris 1977), N. 1118 S. 691: "Ni la loi ni la pratique n'emploient l'expression d'acte ou contrat de société. Il est uniquement question des statuts de la société. Un droit statutaire est l'opposé d'un droit contractuel. Sans doute les statuts doivent être approuvés, mais ils le sont à la majorité."

63 vgl. z. B. in Recueil Dalloz Sirey 1977, S. 482 f. das Urteil des Tribunal de Grande Instance de Dijon vom 8. 3. 77

c) Das angloamerikanische Recht

aa) England

In England gibt es keinen einheitlichen Begriff der Statuten[64]. Vielmehr basiert die englische "company" einerseits auf einem "memorandum of association", das sich vor allem nach aussen richtet und andererseits auf "articles of association", die in erster Linie Interna regeln und deshalb oft mit dem schweizerischen Reglement verglichen werden. Dieser Vergleich ist aber insofern ungenau, als die articles of association einen wesentlichen und auch obligatorischen Bestandteil der Gesellschaftsordnung bilden. Deshalb sind das memorandum of association und die articles of association zusammen als das den Statuten entsprechende Institut zu betrachten[65].

Was die Rechtsnatur der "Statuten" anbetrifft, war das englische Gesellschaftsrecht stets von der Auffassung geleitet, den beiden Gesellschaftsurkunden komme die bindende Wirkung eines Vertrages zu, "den die company mit jedem einzelnen Gesellschafter und den die einzelnen Gesellschafter zugleich untereinander abgeschlossen haben"[66].

Diese Auffassung basiert letztlich auf Section 20 des Companies Act von 1948, der in unmissverständlicher Weise den Vertragscharakter von memorandum und articles betont[67].

---

64 Triebel S. 128

65 für weitere Abgrenzungen, sowohl zum amerikanischen als auch zum kontinentaleuropäischen Recht, vgl. Frommel/Thompson, Company Law in Europe (Kluwer Deventer 1975) S. 29 ff.

66 Triebel S. 128 f.; vgl. auch die Dissertation von Egli, Die Gründung der Aktiengesellschaft im englischen Recht (Diss. Zürich 1922) S. 39 ff.

67 Section 20 des Companies Act von 1948 lautet: "Subject to the provisions of this Act, the memorandum and articles shall, when registered, bind the company and the members thereof to the same extent as if they respectively had been signed and sealed by each member, and contained covenants on the part of each member to observe all the provisions of the memorandum and of the articles."

Auf diesen Artikel stützt sich auch die englische Rechtsprechung in der Beurteilung der Rechtsnatur der Statuten[68].

bb) USA

Auch in den USA besteht kein einheitlicher Begriff der Statuten. Grundlage der "Business Corporation" bilden die "articles of incorporation"[69] und die "by-laws", zwei Institute des amerikanischen Rechts, die in der Schweiz oft ungenau als "Statuten" bzw. "Reglement" bezeichnet werden. Formell sind zwar, im Gegensatz zum englischen Recht[70], die by-laws den articles of incorporation klar untergeordnet[71], materiell kommt ihnen jedoch keineswegs sekundäre Bedeutung zu, denn ihr Inhalt geht oft über die Regelung innergesellschaftlicher Angelegenheiten hinaus. Daher stehen die by-laws sozusagen auf gleicher Stufe mit den articles of incorporation bzw. sie bilden mit ihnen die Grundordnung der Business Corporation[72].

Das amerikanische Recht hat sich wenig mit der theoretischen Frage der Rechtsnatur von Statuten befasst. Entsprechend der fallrechtlichen Methode des angloamerikanischen Rechts wird dieses Problem anhand konkreter Beispiele "ad hoc" gelöst. Immerhin kann festgehalten werden, dass die mehr nach innen ausgerichteten by-laws eher als "contract" gelten[73], während das certificate of incorporation in erster Linie die Funktion eines sich auf das Wesentliche beschränkenden Grundgesetzes

---

68 vgl. Sealy L.S., Cases and Materials in Company Law (Cambridge 1971) S. 189 ff.

69 auch "charter" bzw. "certificate of incorporation" genannt

70 vgl. oben S. 19

71 zur Rangfolge der auf eine bestimmte Frage anwendbaren Bestimmungen und Beschlüsse vgl. Henn S. 34

72 vgl. Wiethölter S. 187,
auch Löw Christoph, Der Informationsanspruch des Aktionärs im amerikanischen Recht (Basel und Stuttgart 1973) S. 39

73 vgl. Henn S. 225

der Business Corporation hat: "In short, the certificate of incorporation is a brief, clear-cut, basic charter for the corporation"[74].

6. Hinweise in Gesellschaftsstatuten

Einzelne Gesellschaften unterstreichen expressis verbis die Verbindlichkeit ihrer Statuten für neu hinzukommende Aktionäre: "Das Eigentum an einer Aktie schliesst die Anerkennung der Statuten in sich"[75].

Hier wird einmal mehr der Doppelcharakter der Statuten deutlich. Ursprünglich wohl als Ersatz für den Vertragsschluss zwischen der AG und dem Aktionär gedacht, wirkt diese Bestimmung durch ihre statutarische Verankerung als Bestandteil einer vom Aktionär vorbehaltlos zu akzeptierenden objektiven Ordnung.

III. Die Statuten einer Aktiengesellschaft im Verhältnis zu Gesetz, Gesellschaftsvertrag und Schuldvertrag

Bei der Besprechung der Rechtsnatur der Statuten wurde verschiedentlich auf die Doppelnatur der Statuten hingewiesen. Ohne die normative bzw. die vertragliche Komponente der Statuten bestreiten zu wollen, sind sie doch einerseits von der gesetzlichen Ordnung, andererseits vom Schuldvertrag bzw. Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften klar abzugrenzen.

---

74 Lattin Norman D., The Law of Corporations (2nd Ed. Mineola NY 1971), S. 181

75 SBG-Statuten vom 6.3.70 § 3 Abs. 4; vgl. auch die Statuten der "Winterthur" Schweiz. Versicherungs-Gesellschaft vom 10.6.75 § 4 Abs. 2, die Statuten der Nestlé Alimentana AG vom 6.5.71 Art. 6 Abs. 2 sowie die Statuten der Interfood vom 26.6.70 Art. 9

1. Die Abgrenzung der Statuten von der gesetzlichen Ordnung

Wenngleich die Statuten ähnlich wie eine Staatsverfassung "den Niederschlag der wesentlichen Gebote und Lebensbedingungen enthalten"[1], sind ihre Bestimmungen als Resultat privatautonomer Gestaltungsfreiheit im Gegensatz zu objektiven Rechtssätzen nicht allgemeinverbindlich, sondern regeln gewissermassen als "innere Quelle" die Belange der Aktiengesellschaft; den Rahmen dazu setzt, sozusagen als "äussere Quelle"[2], die gesetzliche Aktienrechtsordnung.

Der Vorrang des Gesetzes, ein auch vom Bundesgericht immer wieder betonter Grundsatz[3], wird dadurch unterstrichen, dass die zwingenden Gesetzesnormen jeder statutarischen Regelung vorgehen, eine gegen zwingendes Recht verstossende Statutenbestimmung daher nichtig ist, und nur die dispositiven Gesetzesnormen durch die Statuten ausser Kraft gesetzt werden können.

Gegenüber der durch einen beschränkten Kreis von Beteiligten festgelegten Gesellschaftsordnung kommt deshalb dem Gesetz[4] die Aufgabe der übergeordneten staatlichen Rechtsquelle zu, eine Funktion, die im Interesse Dritter, die mit der Gesellschaft in Beziehung treten, aber auch im Interesse der Allgemeinheit unbestritten ist. Dennoch wäre eine "imperative Rechtsauffassung"[5] im Sinne eines ausschliesslichen Monopols des Staates auf dem Gebiet der Rechtssetzung insofern zu korrigieren, als jede Aktiengesellschaft durch die Statuten eine spezifische, das Gesetz ergänzende und konkretisierende Normenordnung erhält, die nicht nur für den Kreis der Mitglieder allgemeingültig ist, sondern auch gewisse Rechtswirkungen nach aussen entfaltet[6].

---

1 Gutzwiller Art. 833 N. 14

2 diese Terminologie stammt von Siegwart Einl. N. 281 ff./293 ff.

3 vgl. 80 II 132, 95 II 559

4 hier: materieller Gesetzesbegriff

5 zum Begriffspaar imperative – autonome Rechtsauffassung vgl. O. A. Germann in ZSR 46 (1927) S. 183 ff.

6 s. dazu unten S. 50 ff.

2. Die Abgrenzung der Statuten vom Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften

a) Vorbemerkungen

Art. 530 Abs. 1 OR lautet: "Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln." Dieser Definition folgend basieren letztlich alle Gesellschaften, ob mit oder ohne juristische Persönlichkeit, auf einem als Oberbegriff verstandenen Gesellschaftsvertrag[7].

Wie die Statuten einer Körperschaft, so ist auch der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft durch seine Doppelnatur gekennzeichnet[8]. Einerseits erzeugt er nämlich schuldrechtliche Leistungspflichten, andererseits dient er als organisatorische Zuständigkeitsordnung. Der Gesellschaftsvertrag ist daher sowohl von schuldrechtlichen als auch von sozialrechtlichen Momenten geprägt[9], m.a.W. er ist "sowohl Schuldvertrag wie auf die Gründung einer Personenvereinigung abzielender, daher organisationsrechtlicher Vertrag"[10]. Aehnlich wie wir die Statuten als "Rechtsbegriff sui generis" bezeichneten[11], ist auch der Gesellschaftsvertrag ein "Vertrag sui generis, der sich nicht in eine höhere Kategorie einordnen lässt"[12]. Diese Gemeinsamkeiten machen deutlich, dass der Unterschied zwischen Gesellschaftsvertrag und Statuten bzw. zwischen Personengesellschaft und Körperschaft nur relativer Natur ist[13]. Dennoch bestehen zwischen den beiden Gesellschaftsordnungen

---

7 vgl. W. von Steiger (Privatrecht) S. 267; vgl. zur monistischen Auffassung auch oben S. 8

8 zur Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrages ausführlich Müller S. 31 ff.

9 vgl. Larenz S. 339 f.

10 Larenz S. 343

11 s. oben S. 14

12 Müller S. 43

13 vgl. oben S. 8

bezüglich Funktion, Inhalt und Form wesentliche Differenzen, auf die im folgenden punktuell hingewiesen werden soll.

b) Die Unterschiede zwischen Gesellschaftsvertrag und Statuten im einzelnen [14]

- Der Gesellschaftsvertrag einer rechtsgemeinschaftlich strukturierten Gesellschaft mit ihrer konstant bleibenden, kleinen Mitgliederzahl hat eher den Charakter eines auf gegenseitiger Willenseinigung beruhenden, mehrseitigen Vertrages, während die Statuten im Sinne einer Normenordnung auf einen ständig wechselnden, grossen Mitgliederkreis ausgerichtet sein müssen. Anders ausgedrückt zielt die in den Statuten verankerte Organisation auf eine grösstmögliche Loslösung vom ursprünglichen Mitgliederbestand hin, während der Gesellschaftsvertrag Ausdruck der von allen Mitgliedern gemeinsam getragenen Gesellschaftsidee ist.

- Entsprechend haben bei Personengesellschaften die Adressaten die gesellschaftsvertraglichen Regelungen geformt und inhaltlich mitbestimmt. Dagegen wird der Aktionär vor vollendete Tatsachen gestellt, er hat in der Regel keine Möglichkeit, den Inhalt der Statuten zu beeinflussen, ja er wird ihn sogar kaum kennen. So meint etwa Praël: "Der Erwerber einer Aktie hat in der Regel noch weniger Gelegenheit, die Satzung zu studieren, als der Vertragspartner, der allgemeine Geschäftsbedingungen akzeptiert" [15].

- Dem Gesellschaftsvertrag kommt eher Entstehungsfunktion, den Statuten dagegen vorwiegend Organisationsfunktion zu.

---

14 vgl. dazu auch die schematische Aufstellung bei Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N. 55 S. 64 f.

15 Praël S. 37.
Zur Parallele Statuten – AGB vgl. auch W. von Steiger (ZbJV 91 bis) S. 347, Meier-Hayoz (SJZ 52) S. 178, 87 II 95.

- Der Gesellschaftsvertrag geniesst formell und materiell grösste Freiheiten, die Statuten dagegen sind an den gesetzlichen Mindestinhalt gebunden und unterliegen der formellen und z. T. auch materiellen Kontrolle durch das Handelsregisteramt.

- Statutenänderungen unterliegen dem Mehrheitsprinzip, entsprechende Aenderungen des Gesellschaftsvertrages sind dagegen vom Einstimmigkeitsprinzip beherrscht.

3. Die Abgrenzung der Statuten vom Schuldvertrag des Obligationenrechts, insbesondere vom zweiseitigen Vertrag

a) Vorbemerkungen

So wie das Gesellschaftsrecht, obwohl Teil des Obligationenrechts, nicht zum Schuldrecht gezählt werden kann[16], so sind auch der Gesellschaftsvertrag und die Statuten vom Schuldvertrag klar zu trennen, wenngleich beide schuldrechtliche Züge aufweisen. Dementsprechend ist die Gesamtverweisung von ZGB 7, wonach die allgemeinen Vertragsregeln auf das gesamte Zivilrecht, also auch auf das Gesellschaftsrecht, anwendbar sind, zu relativieren. Es kann sich nur um eine analoge, dem Gesellschaftsrecht angepasste Anwendung der Vertragsregeln handeln[17], denn die Unterschiede, vor allem zwischen Statuten und zweiseitigem Vertrag, sind zu gross. Konnten mit dem Gesellschaftsvertrag in erster Linie von der Zielvorstellung her noch Gemeinsamkeiten festgestellt werden, so gibt es praktisch keine Punkte, in denen sich Statuten und zweiseitige Verträge entsprechen, sieht man von Spezialfällen, wie etwa der Zweimanngesellschaft, ab[18].

---

16 so auch das Bundesgericht in 95 II 559

17 vgl. Müller S. 54

18 vgl. Müller S. 68 f.

b) Die eigentlichen Unterschiede

Auch an dieser Stelle kann es nur darum gehen, eine summarische Uebersicht über die verschiedenen Differenzen zwischen Statuten und zweiseitigem Vertrag zu vermitteln[19]:

- Im Vordergrund steht die Verschiedenheit der typischen Interessenlage, schlagwortartig mit dem Begriffspaar Interessengemeinschaft und Interessengegensatz umschrieben. Mit den Statuten wird eine Normenordnung zur Erreichung eines allen Mitgliedern gemeinsamen Zieles geschaffen, während durch den vertraglichen Leistungsaustausch der Ausgleich entgegenstehender Interessen angestrebt wird.

- Die Statuten sind mehrdimensional, d.h. sie regeln die verschiedensten Rechtsverhältnisse[20]; entsprechend gross und z.T. unübersichtlich ist die Zahl der Beteiligten. Bei zweiseitigen Verträgen ist die Sachlage dagegen eindeutig, und es ist auch evident, wer Partei ist.

- Zweiseitige Verträge wirken nur obligatorisch zwischen den Vertragsparteien. Die Statuten wirken als privatautonome Organisationsgrundlage nicht absolut gegenüber jedermann[21]. Dennoch beschränkt sich der Kreis der Adressaten nicht wie bei einem zweiseitigen Vertrag auf die direkt beteiligten Parteien; vielmehr haben die Statuten nicht nur für die Gründer, sondern auch für alle später beitretenden Aktionäre ihre Gültigkeit. Auch kommt ihnen eine das Gesellschaftsverhältnis überschreitende, wenn auch beschränkte Aussenwirkung zu[22].

---

19 vgl. auch Peyer S. 76 ff.; zur Abgrenzung des Gesellschaftsvertrages vom synallagmatischen Vertrag vgl. Müller S. 59 ff.

20 vgl. Lehner (SAG 26) S. 203

21 vgl. Schucany (SAG 27) S. 66; die Problematik der verstärkten Wirkung einzelner Statutenbestimmungen tritt im Zusammenhang mit den statutarischen Vorkaufsrechten zutage, vgl. unten S. 75 ff.

22 vgl. unten S. 50 ff.

- Die Statuten bilden die auf Dauer angelegte Gesellschaftsordnung: Mitglieder kommen und gehen, die organisatorische Grundlage bleibt dieselbe.
  Dagegen ist der Vertrag zur Lösung eines spezifischen Rechtsproblems auf die Parteien zugeschnitten. Mit dem Ausscheiden auch nur eines Vertragspartners endet das Vertragsverhältnis.

- Vor allem ist die sozialrechtliche Seite der Statuten dem zweiseitigen Vertrag per definitionem fremd. Der Vertrag regelt Rechte und Pflichten, während die Statuten daneben auch noch Zuständigkeiten zum Gegenstand haben.

- Schliesslich kann bezüglich der mehr formellen Differenzen auf die bei der Unterscheidung zwischen dem Gesellschaftsvertrag und den Statuten gemachten Aeusserungen verwiesen werden[23].

IV. Die Bedeutung der Rechtsnatur von Statuten im schweizerischen Aktienrecht

1. Vorbemerkung

Die Frage nach der Rechtsnatur der Statuten hat, wenngleich durch gesetzliche Lösungen und feststehende Praxis zurückgedrängt, durchaus ihre konkrete Bedeutung, so z.B. im Zusammenhang mit der Gesamtverweisung von ZGB 7[1]. Da nämlich gemäss herrschender Lehre die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts nur entsprechend, d.h. bei sachlicher Rechtfertigung und unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse, anzuwenden sind, spielt es eine wesentliche Rolle, ob die rechtsgeschäftliche oder die objektive Seite der Statuten überwiegt. Man denke in diesem Zusammenhang an das Problem

---

23 vgl. oben S. 24f.

1 vgl. oben S. 25

der Anfechtbarkeit der Statuten wegen Willensmängeln (OR 23 ff.) oder auch an die Frage der Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit einzelner Statutenbestimmungen (OR 20)[2].

Im Vordergrund steht aber doch die im folgenden zu behandelnde, für die Praxis wesentliche[3] Frage, welche Auslegungsmethode zur Beurteilung einzelner Statutenbestandteile herangezogen werden soll; denn gerade auch für interessierte Dritte (z.B. Gläubiger) ist es von grosser Bedeutung, ob die Statuten subjektiv, d.h. unter Berücksichtigung aller Begleitumstände, oder ob sie objektiv, d.h. wie Aussenstehende ohne Vorkenntnisse sie verstehen mussten, interpretiert werden.

Schliesslich soll dargelegt werden, welche Konsequenzen eine einseitige Betrachtungsweise in der Beurteilung der Rechtsnatur der Statuten für eventuelle statutarische Drittrechte haben könnte.

2. Die Auslegung der Statuten einer Aktiengesellschaft[4]

a) Grundgedanken und allgemeine Prinzipien

Die an verschiedener Stelle hervorgehobene Doppelnatur der Statuten steht auch bei deren Auslegung im Vordergrund. So sind die Statuten unter Berücksichtigung des Einzelfalles teils nach den Regeln der Vertragsauslegung, teils nach denjenigen der Gesetzesinterpretation zu konkretisieren.

Wie Hüppi demnach richtig festhält, sind die Statuten auslegungsmethodisch "kein einheitliches Ganzes"[5], denn innerhalb derselben Statuten

---

2 vgl. dazu Müller S. 43 ff.; für das deutsche Recht: Praël S. 37 ff.

3 vgl. die Stellungnahme der schweizerischen Rechtsprechung zur Rechtsnatur der Statuten, oben S. 14 ff.

4 zur Auslegung der Statuten vgl. für die Schweiz vor allem: Hüppi S. 163 ff., W. von Steiger (ZbJV 91 bis) S. 355 ff., Forstmoser Art. 832/833 N. 57 ff.; für Deutschland: Wiedemann (Auslegung) S. 99 ff.

5 Hüppi S. 188

bestehen verschiedene Typen von statutarischen Normen[6]. Deshalb führt weder die Fixierung auf eine der bestehenden Auslegungsmethoden zum Ziel[7], noch trägt eine Modifizierung der Gesetzes- bzw. Vertragsauslegung zur Lösung der in den Statuten vorhandenen Teilprobleme bei[8]. Es ist aber m. E. auch nicht nötig, "in der allgemeinen Auslegungslehre anzusetzen"[9], da die in den Statuten auftretenden Probleme mit den bestehenden juristischen Auslegungsmethoden durchaus zu lösen sind. Auch die schweizerische Rechtsprechung weist in diese Richtung[10], denn je nach Art der auszulegenden Statutenbestimmung stellt sie entweder die Analogie zum Gesetz oder diejenige zum Vertrag in den Vordergrund[11].

Daneben gelten noch allgemeine Auslegungsprinzipien, die letztlich aber auch den Regeln der Vertrags- bzw. Gesetzesinterpretation entstammen: so ist eine allzu formalistische, allein auf den Wortlaut abstützende Auslegung abzulehnen, m. a. W. die statutarische Ordnung ist im Gesamtzusammenhang zu sehen und unter Berücksichtigung aller Begleitumstände zu interpretieren[12]. Andererseits wird betont, die Statuten seien alle einheitlich, für alle Beteiligten gleich auszulegen[13], ein Grundsatz, der vor allem an die allgemeinen Geschäftsbedingungen erinnert, denen sich ein Vertragspartner genauso vorbehaltlos zu "unterwerfen" hat, wie ein Aktionär den Statuten[14].

Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass das Festhalten an den Methoden der Vertrags- bzw. Gesetzesauslegung m. E. kein Widerspruch zur Bezeichnung der Statuten als "Rechtsbegriff sui generis" bedeutet; denn sieht man in diesem Begriff das Nebeneinander von vertrags- und

---

6 vgl. Hüppi S. 205, auch Wiedemann (Auslegung) S. 99 f.
7 vgl. oben S. 14
8 vgl. Hüppi S. 7
9 Hüppi S. 7
10 vgl. oben S. 14 ff.
11 vgl. auch Forstmoser Art. 832/833 N. 58
12 vgl. 48 II 364, Forstmoser Art. 832/833 N. 59
13 vgl. Forstmoser Art. 832/833 N. 64
14 vgl. oben S. 24

gesetzesähnlichen Bestimmungen[15], so sind zu ihrer Konkretisierung auch die entsprechenden subjektiven bzw. objektiven Auslegungsmethoden heranzuziehen. – Eine "Auslegungsmethode sui generis" erübrigt sich.

b) Versuch einer Konkretisierung der für die Wahl der Auslegungsmethode massgebenden Kriterien

aa) Die Gesellschaftsstruktur

Das schweizerische Gesellschaftsrecht ist vom Grundsatz des "numerus clausus" gesetzlicher Gesellschaftsformen geprägt, was aber nicht bedeutet, dass es nur eine, dem Gesetzgeber gewissermassen als Leitbild vorschwebende, typische Aktiengesellschaft gibt[16].

Vielmehr existiert eine Reihe von Gesellschaften, die mehr oder weniger stark von der sogenannten typischen Aktiengesellschaft abweichen, ohne deshalb eine andere Gesellschaftsform wählen zu müssen. Man denke einerseits an die personenbezogene Familienaktiengesellschaft, andererseits aber auch an die von den Mitgliedern vollkommen losgelöste Grossgesellschaft.

In Aktiengesellschaften mit kleinem, konstantem, eventuell sogar auf Familienbindungen beruhendem Mitgliederkreis ist auf die subjektiven Umstände, die zur Bildung oder Anwendung der entsprechenden Statutenbestimmungen geführt haben, Rücksicht zu nehmen.

"Anders bei Gesellschaften mit unbestimmt grossem und wechselndem Mitgliederbestand und lockerem Verhältnis zwischen Mitglied und Gesellschaft"[17], wie etwa bei der sogenannten Publikumsgesellschaft. Hier

---

15 vgl. oben S. 14

16 zum Begriff der typischen AG vgl. statt vieler Meier-Hayoz/Schluep/Ott S. 296.
Bei der Ausgestaltung des Aktienrechts dürfte der Gesetzgeber am ehesten an eine "mittelgrosse Publikumsgesellschaft" gedacht haben, vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz § 2 N. 7 S. 44

17 W. von Steiger (ZbJV 91 bis) S. 357

steht eine objektive, auch den später beitretenden Kleinaktionären gerecht werdende Auslegung im Vordergrund, m.a.W. die Statuten sind "aus sich selbst heraus zu interpretieren"[18]. Denn jemand, der ein paar wenige Aktien eines Grossunternehmens erwirbt, unterwirft sich ja dessen Statuten in ähnlicher Weise wie er Verfassung und Gesetzen eines Staates untersteht, in dem er sich niederlässt[19].

bb) Die Art der Statutenbestimmung

Einleitend sei darauf hingewiesen, dass die Statuten nicht nur sog. echte, rechtlich zu ihrem Bestand gehörende Statutenbestimmungen enthalten, sondern auch Regelungen, die bloss tatsächlich zu den Statuten gehören[20] und ihrer Art nach eigentlich in einem Vertrag geregelt sein müssten.

Man denke in diesem Zusammenhang an gewisse vermögensrechtliche Ansprüche von Mitgliedern[21] bzw. Dritten[22] oder auch an statutarisch verankerte Berechtigungen zum Erwerb von Aktien[23]. Diese sog. unechten, weil schuldrechtlichen Statutenbestimmungen bleiben auch durch ihre Aufnahme in den Text der Statuten Vertragsbestandteile[24] und wer-

---

18 26 II 284

19 vgl. Hüppi S. 7

20 vgl. BGHZ 18 Nr. 25 S. 205 ff., insbesondere S. 208. Zur Terminologie vgl. Wiedemann (Auslegung) S. 100, Würdinger S. 33, sowie auch unten S. 59 ff. (insbesondere Anm. 3)

21 vgl. 87 II 95

22 vgl. Würdinger S. 33, auch Pra 38 Nr. 122 S. 360 ff., E. 2a, wo der Tantièmenanspruch eines Verwaltungsrates als Gläubigerrecht aufgefasst wird und deshalb selbst dann vertraglich geschuldet ist, wenn er in den Statuten verankert wird: ausführlich dazu unten S. 91 f.

23 vgl. statt vieler Herren S. 87 ff., auch unten S. 75 ff.

24 zur ganzen Problematik, insbesondere zur Frage der Zulässigkeit individualrechtlicher Bestimmungen in Statuten, vgl. unten S. 61 f.

den selbstverständlich auch wie Verträge, also insbesondere nach dem Vertrauensprinzip, ausgelegt.

Daneben sind aber auch innerhalb der sog. echten Statutenbestandteile verschiedene Arten von Bestimmungen zu unterscheiden. Die Aktiengesellschaft regelt nämlich nicht nur innere Angelegenheiten, sondern tritt als Körperschaft insbesondere auch nach aussen, gegenüber Dritten, auf. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, zu differenzieren zwischen den externen, vor allem die Interessen der Gläubiger und der Allgemeinheit tangierenden Verhältnissen einerseits und den internen Beziehungen andererseits, die nur für die direkt an der Aktiengesellschaft Beteiligten relevant sind: "Wo die Aussenwirkungen in Frage stehen, wie z.B. die Vertretungsmacht der Organe (OR Art. 718 Abs. 1) oder die Haftung gegenüber den Gläubigern, müssen die Statuten so gedeutet werden, wie sie von Dritten nach objektiven Gesichtspunkten verstanden werden konnten. Bestimmungen dagegen, welche die internen Gesellschaftsverhältnisse betreffen, sind nach den für die Auslegung von Verträgen üblichen Regeln zu interpretieren, d.h. es ist der wirkliche Wille der Beteiligten zu ermitteln"[25].

cc) Das "Zeitmoment"

Aktiengesellschaften sind Dauerrechtsverhältnisse. Entsprechend sind auch die Statuten die auf Dauer angelegte organisatorische Grundlage der Gesellschaft. Ihre Bestimmungen, wenngleich formell unverändert, unterliegen aber insofern dem "Wandel der Zeit", als sie nicht von der Entstehung der Aktiengesellschaft bis zu ihrer Auflösung auslegungsmethodisch gleich behandelt werden können.

So sind zwar die ursprünglichen Statuten solange nach subjektiven Massstäben zu beurteilen, als kein Mitgliederwechsel stattgefunden hat und

---

25 W. von Steiger (ZbJV 91 bis) S. 356

deshalb die an der Aktiengesellschaft Beteiligten mit den Gründern identisch sind[26]. Hier können zur Beurteilung einer unklaren statutarischen Bestimmung die Vorverhandlungen im Gründungsstadium durchaus als Auslegungshilfe herangezogen werden[27].

Anders liegen die Verhältnisse bei Aktiengesellschaften, die sich durch Ein- und Austritt von Mitgliedern vom vertraglichen Ursprung entfernt haben. Hier sind die Statuten mehr nach objektiven Massstäben auszulegen, d.h. nach dem Sinn, "der ihnen heute zukommt und der unter Umständen abweicht von demjenigen, den sie zur Zeit der Gründung hatten"[28]. Jedenfalls steht fest, dass den später beitretenden Aktionären z.B. die Entstehungsgeschichte der Statuten nicht entgegengehalten werden kann[29].

3. Die Bedeutung der Rechtsnatur von Statuten in Bezug auf mögliche statutarische Drittrechte

Obschon das Gesetz einen bestimmten Statuteninhalt zwingend vorschreibt, ist nicht zu vergessen, dass diese Minimalstatuten durch unzählige, auf die spezifische Aktiengesellschaft zugeschnittene Normen ergänzt werden. Im Hinblick auf diese Gestaltungsfreiheit stellt sich die Frage, inwieweit in den Statuten auch Dritten Rechte und Pflichten eingeräumt werden können. Diese Fragen der aktienrechtlichen Gestaltungsfreiheit im allgemeinen und der "Drittwirkung" der Statuten im besonderen sollen im weiteren Verlauf dieser Arbeit diskutiert werden[30].

An dieser Stelle sei lediglich festgehalten, dass auch im Lichte möglicher statutarischer Drittrechte eine einseitige Betrachtungsweise in der Beurteilung der Rechtsnatur der Statuten fehl am Platz ist.

---

26 vgl. Wiedemann (Auslegung) S. 100
27 vgl. Forstmoser Art. 832/833 N. 61
28 W. von Steiger (ZbJV 91 bis) S. 357
29 vgl. 26 II 284
30 vgl. die folgenden Paragraphen

Fasst man nämlich die Statuten nur als Vertrag zwischen den Mitgliedern einerseits bzw. der Gesellschaft und den Mitgliedern andererseits auf, so ist in diesem geschlossenen Vertragssystem a priori kein Raum für allfällige statutarische Drittrechte, es sei denn man betrachtet gewisse Statutenbestimmungen als Vertragsbestandteil zwischen der Gesellschaft und einem Dritten[31] oder dann als eigentlichen Vertrag zugunsten eines vorläufig u. U. noch völlig unbestimmten Dritten[32]. Dabei würde es sich aber weiterhin um vertragliche, bloss tatsächlich in den Statuten verankerte Drittrechte handeln[33].

Betont man andererseits den offenen, verfassungsähnlichen Charakter der Statuten, so sollte eigentlich der Verankerung statutarischer Drittrechte nichts im Wege stehen. Dem ist entgegenzuhalten, dass die statutarischen Normen nicht mit denjenigen des öffentlichen Rechts verglichen werden können, da sie als konkrete "Spielregeln" einer auf eine bestimmte Zweckverfolgung ausgerichteten Aktiengesellschaft gelten[34], die an eine durch das zwingende Aktienrecht festgesetzte Rahmenordnung gebunden sind.

Betrachtet man nun beim Versuch, die Extrempositionen zu verlassen, die Statuten als "Rechtsbegriff sui generis", zusammengesetzt aus einer Vielfalt verschiedenartiger Normtypen, so scheint es durchaus möglich, in den Statuten nicht nur vertragliche Drittrechte, sondern auch selbständige, die Funktionsfähigkeit der Aktiengesellschaft aber nicht tangierende Einflussrechte Dritter zu verankern, ohne damit die Grenzen aktienrechtlicher Gestaltungsfreiheit zu überschreiten.

Bevor auf diese Problematik näher eingegangen werden kann, sollen, gewissermassen überleitend, die Wirkungen der Statuten besprochen werden.

---

31 vgl. Pra 38 Nr. 122 S. 361

32 vgl. BlHE 2 S. 118

33 vgl. oben S. 31 f.

34 vgl. Mengiardi S. 136

§ 2 DIE WIRKUNGEN DER STATUTEN EINER AKTIENGESELLSCHAFT, INSBESONDERE DIE FRAGE DER AUSSENWIRKUNG

I. Die Abgrenzung der an der Aktiengesellschaft nicht unmittelbar beteiligten Dritten von den direkt Beteiligten

1. Einleitung

Bevor diskutiert werden kann, auf wen genau sich die Innen- bzw. Aussenwirkung der Statuten bezieht, soll anhand verschiedener Einteilungsmethoden versucht werden, die an der Aktiengesellschaft kapitalmässig und führungstechnisch direkt Beteiligten von den ausserhalb des gesellschaftsrechtlichen Organisationsgefüges stehenden Dritten abzugrenzen.

Betrachtet man, stark vereinfacht, die Aktiengesellschaft als eine Vereinigung von Aktionären, die zur Leitung des Unternehmens geeignete Organe beruft, so sind alle Nichtaktionäre und alle Nichtorganträger als Dritte zu bezeichnen; diese werden dann meist zu folgenden Interessengruppen zusammengefasst: Gläubiger verschiedener Art, Arbeitnehmer und Allgemeinheit[1].

Diese Grobeinteilung kann in dieser Form nicht befriedigen: am Beispiel der Inhaber von Partizipationsscheinen wird nämlich deutlich, dass der Uebergang von eigentlichen Beteiligungsrechten zu "blossen" Gläubigerrechten oft fliessend ist. Einerseits kommt den PS-Inhabern kein Mitgliedschaftsrecht wie den Aktionären zu, andererseits ist ihre Stellung von derjenigen eines Gesellschaftsgläubigers doch klar zu unterscheiden[2].

Dem Versuch, verschiedene Kategorien von an der AG Beteiligten bzw. Nichtbeteiligten zu bilden, sei eine allgemeingültige Begriffsumschrei-

---

1 vgl. zu dieser Grobeinteilung etwa Siegwart Einl. N. 215 oder Mengiardi S. 126 f.

2 vgl. unten S. 42 ff./94 ff.

bung des 'Dritten' vorangestellt: 'Dritte' kann man als Personen bzw. Personenvereinigungen bezeichnen, welche, bildlich gesprochen, von aussen an die AG als Körperschaft herantreten und mit ihr in irgendeiner Weise unmittelbare oder mittelbare, rechtliche oder wirtschaftliche Beziehungen anknüpfen; anders ausgedrückt handelt es sich bei 'Dritten' um Personen bzw. Personenvereinigungen, die zwar nicht in das gesellschaftsrechtliche Organisationsgefüge der AG integriert sind, die aber aus unterschiedlichen Gründen mit der entsprechenden AG Kontakte pflegen und an diesen auch interessiert sind[3].

2. Die Grundverhältnisse der Aktiengesellschaft und die darauf basierenden Sonderverhältnisse

Als Personenverband basiert jede Aktiengesellschaft auf spezifischen Grundverhältnissen, "welche die Gesellschaft gliedern, indem sie bestimmte Personen aus bestimmtem Rechtsgrund in bestimmter Organisation zu einem bestimmten Zweck mehr oder weniger dauerhaft vereinigen"[4]. Im wesentlichen werden drei Arten von Grundverhältnissen unterschieden[5]: ein Gesamtverhältnis, das alle Verbandsangehörigen mit ihren gegenseitigen Rechten und Pflichten umfasst; weiter die einzelnen Mitgliedschaften und schliesslich die einzelnen Organschaften mit ihren entsprechenden Zuständigkeiten.

Von diesen Grundverhältnissen, die auf Dauer angelegt sind und daher einen allgemeinen Inhalt aufweisen[6], sind die sog. Sonderverhältnisse zu unterscheiden. Sie ergeben sich "aus Einzelvorgängen des gesellschaftlichen Lebens. Sie bestehen aus Rechten, die aktuell sind und einen besonderen, auf konkrete Umstände bezogenen Inhalt haben"[7].

---

3 vgl. auch Teichmann S. 217 f.

4 Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen zu Art. 1 N. 116

5 vgl. Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen zu Art. 1 N. 116

6 vgl. Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen zu Art. 1 N. 117

7 Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen zu Art. 1 N. 113

Anders ausgedrückt bilden die drei Grundverhältnisse zusammen die "gesellschaftsrechtliche Sozialsphäre", welche von den "individualrechtlichen Sonderverhältnissen", die z. B. zwischen der AG und Dritten bestehen können, klar abzugrenzen ist[8].

Primär muss deshalb unterschieden werden zwischen den am Grundverhältnis beteiligten Aktionären und Organträgern einerseits und den am Grundverhältnis nicht direkt beteiligten, aussenstehenden Dritten andererseits, die lediglich in individualrechtlicher Beziehung zur AG stehen.

Durch diese Zweiteilung werden aber weder die aussenstehenden Dritten noch die am Grundverhältnis Beteiligten individualisiert, weshalb im folgenden auf eine mehr praxisorientierte Einteilung eingegangen werden soll.

3. Die Dreiteilung in an der AG beteiligte, spezifisch interessierte und allgemein interessierte Kreise[9]

a) Vorbemerkungen

Durch das Tätigwerden einer Aktiengesellschaft wird eine Vielzahl von Interessen tangiert. Nebst den am AG-Grundverhältnis direkt Beteiligten, wie insbesondere den Aktionären und Organträgern, gibt es verschiedenste Kreise, die durch Sonderbeziehungen mit der betreffenden AG in Verbindung stehen und die daher "an deren Entwicklung, Lage und Zukunftsaussichten stark interessiert" sind[10]. Zu diesen zählen

---

8 vgl. Herren S. 88 mit einem Hinweis auf Jäggi (SAG 31) S. 68, der eine scharfe Trennung zwischen "aktienrechtlicher Sozialsphäre" und "schuldrechtlicher Individualsphäre" fordert. Vgl. auch unten S. 59 ff.

9 vgl. auch andere Einteilungsformen wie etwa bei Illetschko L., Die Publizität der Kapitalgesellschaften im Auslande in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, N. F. 10 (1958) S. 421 f., der zwischen rechtlich-interessierten, geschäftlich-interessierten und allgemein-interessierten Kreisen unterscheidet.

10 Brunner S. 37

u.a. Obligationäre und weitere Gläubigerkategorien, potentielle Aktionäre, Arbeitnehmer, Lieferanten, Kunden, Konkurrenten, Wirtschaftsverbände, Banken als Kreditgeber, der Staat als Steuerhoheit etc., die letztlich alle durch irgendein gemeinsames Interesse, sei es auch nur allgemein volkswirtschaftlicher Natur, mit der Aktiengesellschaft verbunden sind[11].

Trotz diesen gemeinsamen, allgemeinen Interessen an der Existenz der AG stehen die einzelnen Interessengruppen doch in unterschiedlich intensiver Beziehung zur entsprechenden AG.

Aus diesem Grunde ist in erster Linie eine Zweiteilung in an der AG Beteiligte einerseits und an der AG Interessierte andererseits vorzunehmen. Denn gerade was die Statuten als Innenordnung einer Aktiengesellschaft betrifft, ist hervorzuheben, dass sie gegenüber den AG-Beteiligten unmittelbare Geltung beanspruchen, während sie gegenüber den AG-Interessierten höchstens beschränkte Wirkungen entfalten[12].

Innerhalb der Gruppe der AG-Interessierten ist weiter zu differenzieren zwischen spezifisch Interessierten, die wirtschaftlich und rechtlich mit der AG verbunden sind und der weiteren Oeffentlichkeit, die nur ein allgemeines Interesse an der betreffenden AG zeigt.

Schliesslich sei noch darauf hingewiesen, dass es einerseits Drittinteressen gibt, wie insbesondere die verschiedenen Gläubigerinteressen, "die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Sinn und Zweck sowie mit der Struktur der entsprechenden Gesellschaft stehen"[13], dass andererseits aber auch Drittinteressen bestehen, welche diesen gesellschaftsrechtlichen Rahmen sprengen, wie insbesondere volkswirtschaftliche, wirtschafts- und sozialpolitische, sowie gewerbepolizeiliche In-

---

11 vgl. etwa Brunner S. 48, auch Baas D., Leitungsmacht und Gemeinwohlbindung der AG (Bern/Frankfurt/München 1976) S. 129

12 vgl. unten II./III. S. 47 ff.

13 Mengiardi S. 135

teressen an der Tätigkeit bestimmter Unternehmen. Diesen Interessen ist gesondert, etwa in Spezialgesetzen, Rechnung zu tragen[14].

Sowohl der Dreiteilung in bestimmte Interessengruppen als auch der Trennung der unmittelbar gesellschaftsrechtlichen von den allgemein wirtschaftsrechtlichen Drittinteressen kann kein absoluter Stellenwert zukommen. Die Uebergänge sind oft fliessend, die Grenzen nicht scharf abgesteckt: als Beispiel sei auf die Stellung der Arbeitnehmer innerhalb eines Unternehmens hingewiesen. Einerseits sind sie durch einen Arbeitsvertrag mit der betreffenden AG verbunden und befinden sich daher in unmittelbar privatrechtlicher Beziehung zur Gesellschaft. Andererseits tangieren sie mit den Mitbestimmungspostulaten Probleme von wirtschafts- und sozialpolitischer Tragweite, deren Lösung nicht allein Aufgabe des Privatrechts sein kann[15].

b) Die verschiedenen Interessengruppen[16]

aa) Die an der AG direkt Beteiligten

aaa) Die Aktionäre

Spricht man von den an einer AG Beteiligten, so denkt man in erster Linie an die gegenwärtigen Aktionäre. Ob Gross- oder Kleinaktionäre, Unternehmer- oder Publikumsaktionäre, Anlage- oder Spekulationsaktionäre, alle nehmen sie durch den Erwerb einer oder mehrerer Aktien zumindest vorübergehend am Schicksal der betreffenden AG teil. An der Generalversammlung üben sie ihr wichtigstes Mitgliedschaftsrecht, nämlich das Stimmrecht, aus und durch ihren Anspruch auf Dividende partizipieren sie am Gewinn der AG. Nebst den natürlichen Personen gibt es vor allem auch Unternehmen bzw. Gemeinwesen, die sich

---

14 vgl. Mengiardi S. 135

15 vgl. dazu, allerdings in anderem Zusammenhang, Faist in ZSR 85 II (1966) S. 733; vgl. auch oben S. 1

16 die nachfolgende Einteilung stammt im wesentlichen von Brunner S. 50

aus wirtschaftlichen bzw. öffentlichen Interessen an einer formell-rechtlich selbständigen AG kapitalmässig beteiligen[17]. Obschon auch Aktionär und damit Beteiligte sind die ihnen etwa in den Statuten gewährten Sondereinflussrechte als Drittrechte zu bezeichnen, da sie nicht kraft ihrer Stellung als Aktionäre, sondern aufgrund ihrer Sonderstellung verliehen sind[18].

Es entspricht häufig einem praktischen Bedürfnis des Aktionärs, sich z.B. durch einen Treuhänder, der nicht Aktionär zu sein braucht, an der Generalversammlung vertreten zu lassen[19]. Bei diesen Aktionärsvertretern[20] handelt es sich rechtlich um Drittpersonen, die als indirekte Stellvertreter gemäss den Weisungen des Aktionärs tätig werden; selbständige Beteiligungsrechte haben sie in dieser Funktion natürlich keine. Demzufolge ist zu unterscheiden zwischen "einem Dritten, der neben der Gesellschaft steht, eigene Ziele zu verfolgen gedenkt und jemendem, der durch die Abhängigkeit von einem Gesellschafter in seinen möglicherweise gegenteiligen Wünschen begrenzt und damit den Vorstellungen der Gesellschaft angenähert wird"[21].

Unterschiedlich ist die Stellung der dinglich berechtigten Aktionärsvertreter. So wird z.B. durch die Verpfändung von Aktien an den Mitgliedschaftsrechten des Aktionärs wenig geändert. Aus aktienrechtlicher Sicht bleibt der Pfandgläubiger Dritter, dem die in seinen Besitz übergegangenen Aktien lediglich zur Sicherung seiner Forderung dienen[22].

---

17 zum Konzern bzw. zum gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vgl. unten S. 101 ff. bzw. S. 132 ff.

18 vgl. unten S. 58 f.

19 vgl. Art. 689 Abs. 2 OR

20 für eine Uebersicht über mögliche Aktionärsvertreter vgl. Böckli P. Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter (Basel 1961), S. 133 ff.

21 Teichmann S. 218

22 zur Verpfändung von Aktien vgl. Glettig O., Die dinglichen Rechte an Aktien (Diss. St. Gallen 1953), S. 150 ff. sowie Schweri R., Die Verpfändung von Namenaktien (Diss. Zürich 1973), S. 105 ff.

Dagegen verleiht die Nutzniessung an Aktien[23] dem Berechtigten den vollen Genuss, wie insbesondere das Recht auf Gebrauch, Nutzung und Verwaltung der Aktien[24]. Entsprechend befindet sich der Nutzniesser in der Stellung eines 'Quasiaktionärs'[25], der am Geschehen der AG aktiv partizipiert und deshalb auch nicht als Dritter bezeichnet werden kann[26].

Was die Stellung des fiduziarischen Aktionärs anbetrifft, so tritt dieser nach aussen als Aktieneigentümer und damit als Beteiligter auf; das Innenverhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar ändert nichts an diesem Tatbestand.

bbb) Die Organe

Spricht man von den Organen einer AG, so steht die Verwaltung mit ihren weitreichenden Kompetenzen im Vordergrund. Sie ist die treibende Kraft an der Spitze des Unternehmens. Daneben sind aber auch die übrigen Organe, wie etwa die Generalversammlung, die Direktion bzw. Geschäftsleitung[27] und die Kontrollstelle durch die ihnen übertragenen Funktionen in das Organisationsgefüge der Gesellschaft integriert[28]. Gesetz und Statuten bzw. Geschäftsreglement stecken für alle praktisch oder theoretisch an der Unternehmungsführung bzw. an der Unternehmenskontrolle beteiligten Instanzen

---

23 vgl. zur Nutzniessung an Aktien: Glettig (zit. Anm. 22) S. 91 ff., Koeferli R., Die Nutzniessung an Wertpapieren unter besonderer Berücksichtigung der Nutzniessung an Aktien (Diss. Zürich 1954), S. 62 ff.

24 vgl. Art. 745 Abs. 2 ZGB und Art. 755 ZGB

25 vgl. auch Art. 690 Abs. 2 OR

26 vgl. im Zusammenhang mit der für den Nutzniesser bejahten Aktivlegitimation zur Anfechtungsklage: Bürgi Art. 706 N. 50 ff. sowie Funk Art. 706 N. 1

27 im Rahmen von Art. 717 Abs. 2 OR

28 vgl. auch Teichmann S. 218

den genauen Rahmen ab, innerhalb dessen sie tätig werden sollen. Vor allem in Deutschland, neuerdings aber auch in der Schweiz kommt es vor, dass Organbefugnisse an aussenstehende Dritte, z.B. an einen unabhängigen Beirat[29], übertragen werden, der im Sinne eines Sachverständigenausschusses dem Verwaltungsrat "Ratschläge technischer und wirtschaftlicher Art"[30] erteilen soll.

ccc) Die Inhaber von Partizipationsscheinen

Der Partizipationsschein als besondere Form des Genussscheins gibt immer wieder von neuem Anlass zu dogmatischen Auseinandersetzungen[31]. Hier sei lediglich die Frage gestreift, ob Partizipationsscheininhaber als AG-Beteiligte im hier erörterten Sinn betrachtet werden können, oder ob sie als Gläubiger und damit als Dritte zu gelten haben.

"Typische PS sind den Aktien der Gesellschaft vermögensrechtlich gleich gestellt, gewähren jedoch keine Mitgliedschaftsrechte, insbesondere kein Stimmrecht"[32].

Dieser Definition des PS folgend hat sich schon früh die Frage nach dem Rechtsverhältnis zwischen PS-Inhabern und Gesellschaft und damit nach der Rechtsnatur der PS-Rechte gestellt: "Unter dem geltenden Recht sieht man Partizipationsscheine als Genussscheine an, die in ihnen verbrieften Rechte als Gläubiger-, Dritt- oder ausserkörperschaftliche Rechte"[33]. Entsprechend gewähren die Genussrechte "quasi per

---

29 für das deutsche Recht vgl. u.a. Ulmschneider S. 48 f. oder Teichmann S. 75, der von der "alten Idee des Beirats" spricht.
Für die Schweiz vgl. Jäggi (Festschrift Hug) S. 344; als Beispiel aus der Praxis: SBV-Statuten § 31 Abs. 3 vom 10.1.78; vgl. auch unten S. 156 ff.

30 Ulmschneider S. 49

31 vgl. statt vieler Bauer A.: Partizipationsscheine im Schweizer Aktienrecht – im Vergleich zum deutschen Aktienrecht (Diss. Zürich 1976)

32 Bauer S. 1, vgl. auch Art. 657 Abs. 4 OR

33 Bauer S. 200

definitionem" keine Einflussrechte[34]. In der neueren Lehre wird der vom Gewinn abhängige und deshalb als "bedingtes Gläubigerrecht" bezeichnete Partizipationsschein auch als "Dritt-Beteiligungsrecht" umschrieben[35]. Trotz dieser terminologischen Nuancierung wird prinzipiell an der Auffassung, beim PS handle es sich um ein eigentliches Drittrecht, festgehalten und betont, es liege "eine Rechtsbeziehung der AG zu Dritten vor; die Genussberechtigten stehen nicht innerhalb der AG, wie deren Mitglieder, sondern der AG als Dritte gegenüber"[36]. "Da diese vertragsrechtliche Konzeption im Verlaufe des gesellschaftlichen Lebens zu erheblichen Komplikationen führen kann, ist in der Schweiz ... in den statutarischen Regelungen eine Anpassung der 'Gläubigerrechte' an die 'Mitgliedschaftsrechte' erfolgt; dies vor allem durch Klauseln, die Entscheidungen der Gesellschaftsorgane generell für verbindlich erklären"[37]. Werden für die PS-Inhaber einerseits statutarische Verbindlichkeitsklauseln erlassen, ihnen aber andererseits jegliche Einfluss- und Kontrollrechte verwehrt, so wird der PS zu einer Rechtsfigur, die einer "mitgliedschaftsrechtlosen Aktie" gleichkommt[38].

Aus diesen und weiteren Gründen ist die Tendenz unverkennbar, die Rechtsstellung der PS-Inhaber zu verbessern. Im Zusammenhang mit dem Vorschlag für eine Teilrevision des Aktienrechts wird deshalb die Forderung erhoben, mit Ausnahme des Stimmrechts seien die Rechte und Pflichten des PS-Inhabers denjenigen des Aktionärs anzugleichen[39]. Mit dem PS würde "somit – praktisch gesehen – eine Aktie ohne Stimmrecht" geschaffen[40].

---

34 vgl. Bauer S. 200

35 vgl. Würdinger S. 77

36 Würdinger S. 78

37 Bauer S. 240

38 vgl. Bauer S. 250

39 vgl. Vorentwurf Art. 656a Abs. 2

40 Zwischenbericht des Präsidenten und des Sekretärs der Arbeitsgruppe für die Ueberprüfung des Aktienrechtes zum Vorschlag für eine Teilrevision des Aktienrechtes (Lausanne/Bern 1972) S. 130

Im wesentlichen sind es drei Hauptgründe, weshalb m.E. auch unter geltendem Recht die Inhaber von Partizipationsscheinen gegenüber der AG als Beteiligte[41] zu betrachten sind:

- wie der Aktionär so ist auch der Inhaber von PS am Gewinn der Gesellschaft unmittelbar interessiert und beteiligt. Da dem PS-Inhaber de lege lata keine Mitgliedschaftsrechte zustehen, stützt er sich ausschliesslich auf sein Vermögensrecht, das "vom Erfolg oder Misserfolg der Gesellschaft und ihrer Ausschüttungspolitik" abhängt[42]. Dadurch unterscheidet sich das Gewinnrecht des PS-Inhabers von den Forderungen der Arbeitnehmer oder Gläubiger, deren Erfüllung unabhängig vom Geschäftsgang der AG vertraglich zugesichert ist.

- Im weitern leitet der PS-Inhaber seine Rechte aus den Statuten ab[43], die als "innere Quelle" der AG Primärwirkung gegenüber den an der AG Beteiligten entfalten[44]. So können durch in der Praxis immer häufiger werdende statutarische Regelungen die Rechte und Pflichten der PS-Inhaber konkretisiert und damit die Annäherung des PS an die stimmrechtslose Aktie realisiert werden[45].

- Schliesslich soll noch auf eine grundsätzliche Aehnlichkeit zwischen Aktionär und Partitionär hingewiesen werden: betrachtet man nämlich den "typischen Aktionär" als "gewinnstrebig, auf eine wertbeständige Anlage bedacht"[46], so unterscheidet er sich wohl kaum vom "typischen Partitionär". Beide nehmen sie durch ihre kapitalmässige Beteiligung am Schicksal der Gesellschaft teil, sind also insofern in sie integriert, an ihr beteiligt.

---

41 vgl. auch Siegwart Art. 626 N. 14, Brunner S. 50

42 Brunner S. 53

43 vgl. u.a. Siegwart Einl. N. 294

44 vgl. oben S. 5 bzw. unten S. 47 ff.

45 vgl. als Beispiel aus der Praxis Art. 9 ff. der Statuten der Oerlikon-Bührle Holding AG vom 22.6.73

46 vgl. Bär S. 514 f.

Die gesetzlich vorgesehene und statutarisch teilweise realisierte Wandlung des Partizipationsscheines von einem "Drittrecht" zu einem "Mitgliedschaftsrecht ohne Stimmrecht" macht deutlich, dass der Uebergang von einem Gläubigerrecht zu einem Beteiligungsrecht oft nicht scharf abgegrenzt, ja fliessend ist. Es wird deshalb im Verlaufe dieser Arbei zu untersuchen sein, ob nicht auch "eigentlichen Dritten"[47] über vertragliche Ansprüche hinausgehende Rechte statutarisch zugesichert werden können. Dabei werden die im Zusammenhang mit dem Ausbau der PS-Rechte in der Lehre zu findenden Anregungen berücksichtigt werden müssen.

bb) Spezifisch interessierte, mit der AG wirtschaftlich und rechtlich verbundene Kreise

Diese Kreise sind weder kapitalmässig unmittelbar an der Gesellschaft beteiligt noch organisatorisch in die AG integriert; anders ausgedrückt, sind sie nicht ausschliesslich vom Gewinn der Gesellschaft abhängig, nehmen aber als ausserhalb des Organisationsgefüges der AG Stehende auch nicht an deren Willensbildung, Führung oder Kontrolle teil. Dennoch sind sie mit dem Unternehmen in irgendeiner Weise rechtlich oder wirtschaftlich verbunden: "Ihr Interesse an der Entwicklung der AG ist echt und direkt"[48]. Dadurch unterscheidet sich diese spezifisch, meist geschäftlich interessierte Gruppe von der allgemein interessierten Oeffentlichkeit.

Ohne eine abschliessende Aufzählung geben zu können, seien als unmittelbar interessierte Kreise etwa erwähnt: Gläubiger aller Art, Obligationäre als spezielle Gläubigerkategorie, die Arbeitnehmer, die Lieferanten, die Kunden, die Banken als Kreditgeber. Ihre Beziehungen zur betreffenden Aktiengesellschaft sind vertraglicher Natur und enden mit der

---

47 vgl. anschliessend bb) und cc)

48 Brunner S. 56

Auflösung des Vertragsverhältnisses. Daneben muss oft auch das Gemeinwesen, so insbesondere der Staat als Steuerhoheit, zu den direkt Interessierten gezählt werden.

cc) Allgemein interessierte Kreise

Die volkswirtschaftliche Bedeutung grosser Aktiengesellschaften ist unbestritten. Durch die vielen Unternehmenskonzentrationen werden die Gesellschaften zu immer mächtigeren Wirtschaftsfaktoren, an welchen eine breite Oeffentlichkeit in zunehmendem Masse interessiert ist. Andererseits gibt es auch viele Aktiengesellschaften, die in Zeiten wirtschaftlicher Rezession zu Entlassungen gezwungen werden und damit das Interesse weiter Bevölkerungskreise sowie der öffentlichen Hand auf sich lenken. In diesem Zusammenhang handelt es sich oft weniger um unmittelbar gesellschaftsbezogene als vielmehr um allgemein volkswirtschaftliche, wirtschafts- und sozialpolitische Drittinteressen an der Tätigkeit eines Unternehmens.

Die nachfolgende Aufzählung allgemeiner Drittinteressen könnte beliebig verlängert werden, denn letztlich ist ja jede Drittperson oder Interessengruppe in irgendeiner Form an der Tätigkeit insbesondere grosser Aktiengesellschaften interessiert: potentielle Aktionäre, Wirtschaftsverbände, die Konkurrenz, Börse und Kapitalmarkt, das Gemeinwesen im allgemeinen, die Presse und die Wissenschaft.

4. Zusammenfassung

Ziel dieses Abschnittes war ein dreifaches:

- erstens sollten die am AG-Grundverhältnis Beteiligten von den durch Sonderbeziehungen mit der AG verbundenen bzw. interessierten Dritten abgegrenzt werden, wobei die Zweiteilung in spezifisch und allgemein interessierte Kreise einen Anhaltspunkt geben könnte, wo et-

wa die Grenze zu ziehen wäre zwischen Drittinteressen, auf die das Aktienrecht auszurichten ist und solchen, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit aktienrechtlichen Problemen stehen.

- zweitens sollten die einzelnen Interessengruppen auf ihre Zusammensetzung hin untersucht werden, d.h. Beteiligte, spezifisch Interessierte und allgemein Interessierte waren zu individualisieren.
- drittens sollte durch die Abgrenzung Beteiligte – Dritte eine Ausgangslage für die Beurteilung der Innen- bzw. Aussenwirkung der Statuten geschaffen werden.

II. Die Innenwirkung als Primärfunktion der Statuten

1. Der Grundsatz

Auf den Begriff der Statuten als privatautonome, organisatorische Grundordnung einer Aktiengesellschaft wurde bereits hingewiesen[1]. Auch wurde die Primärfunktion der Statuten kurz erläutert[2].

Als Grundsatz sei nochmals betont, dass die Statuten primär Wirkungen nach innen entfalten, d.h. "sie regeln die Organisation der Körperschaft sowie die Rechte und Pflichten der Beteiligten"[3]. Als Beteiligte gelten gemäss der oben vorgenommenen Individualisierung alle Aktionäre einschliesslich der Nutzniesser an Aktien, alle Organträger sowie die Genussschein- bzw. Partizipationsscheininhaber[4]. Für diese am AG-Grundverhältnis Beteiligten wird durch die Statuten ein teils

---

1 vgl. oben S. 3 ff.

2 vgl. oben S. 5 f.

3 Forstmoser Art. 832/833 N. 16; vgl. auch Siegwart Art. 626 N. 14, Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N. 8 S. 117

4 vgl. oben S. 39 ff.; ähnlich Siegwart Art. 626 N. 14

zwingend vorgeschriebener, teils freigewählter Katalog von Spielregeln erlassen, der die "aktienrechtliche Sozialsphäre" von der "Individualsphäre" jedes Einzelnen abgrenzt[5].

Es bleibt hinzuzufügen, dass grundsätzlich nur die gegenwärtigen Mitglieder der AG den Statuten unterworfen sind, m.a.W. dass die Statuten gegenüber ehemaligen bzw. künftigen Mitgliedern keine Wirkungen entfalten, wobei auch diese Regel dann Ausnahmen kennt, wenn eine frühere Mitgliedschaft noch Nachwirkungen hat[6]. Zu denken wäre an eine statutarisch verankerte Schweigepflicht der Aktionäre oder auch an Nachwirkungen prozessualer Art.

2. Der "typische" Statuteninhalt

Ausgangspunkt für die Festlegung des Regelungsbereichs der Statuten bildet Art. 626 OR, der in abschliessender Aufzählung den absolut notwendigen Inhalt der Statuten einer AG und damit im wesentlichen deren Aufbau bestimmt. Ergänzt werden diese "Grundnormen" durch die bedingt notwendigen[7] und die fakultativen Statutenbestimmungen, deren Bedeutung nicht unterschätzt werden sollte. Zusammen mit den Geschäftsordnungen bzw. Reglementen des Verwaltungsrates bilden die Statuten – wie bereits verschiedentlich betont – die innere Ordnung und damit die Existenzgrundlage jeder AG.

Durchstreift man die Statuten sowohl grosser Publikums- als auch kleiner Familiengesellschaften, so ergibt sich oft der gleiche, sozusagen "typische" Statutenaufbau[8]:

---

5 vgl. oben S. 37

6 vgl. Siegwart Art. 626 N. 14; a. M. BGE 19, S. 731 f. E. 3/4

7 vgl. Art. 627 OR

8 die Untersuchung stützt sich auf ca. 30 Statuten von Gesellschaften verschiedener Grösse

a) Allgemeine Bestimmungen:

Firma, Sitz, Zweck und Dauer der Gesellschaft

b) Gesellschaftskapital

(Grundkapital, ev. Partizipationsscheinkapital)

c) Organisation:

- Generalversammlung
- Verwaltungsrat
- ev. Generaldirektion bzw. Geschäftsleitung
- Kontrollstelle

d) Rechnungswesen:

Bilanz, Gewinnverteilung, Reservefonds

e) Fusion, Auflösung bzw. Liquidation

f) Bekanntmachungen

soweit nicht schon unter den "allgemeinen Bestimmungen" aufgeführt.

g) Besonderheiten einzelner Gesellschaftsstatuten:

- Bestimmungen über Rechtsstreitigkeiten in Gesellschaftsangelegenheiten[9]
- insbesondere bei Bankstatuten:
  Bestimmungen über das Bank- und Geschäftsgeheimnis[10]
  sowie Angaben zur Firmazeichnung[11]
- vereinzelt:
  Uebergangsbestimmungen[12] bzw. Pro Memoria-Bestimmungen[13]

---

9 immer mehr Gesellschaften nehmen solche Bestimmungen in ihre Statuten auf: vgl. unten S. 172

10 vgl. z.B. die SKA-Statuten vom 18.3.75 § 3, SBG-Statuten vom 6.3.70 § 25 sowie die allgemeine Schweigepflicht in den Statuten der Hoffmann-La Roche vom 16.6.71 § 27

11 vgl. die Statuten der 3 Grossbanken: SBV-Statuten vom 10.1.78 § 32, SKA-Statuten vom 18.3.75 § 36 und SBG-Statuten vom 6.3.70 § 26

12 vgl. die Statuten der Ciba-Geigy vom 20.10.70 S. 17 ff. und der Hoffmann-La Roche vom 16.6.71 § 37

13 vgl. die SBG-Statuten vom 6.3.70 § 33

Aus dieser Aufzählung geht hervor, dass es sich bei den in Statuten gesetzten Schwerpunkten insofern um Innenbestimmungen handelt, als in der Regel nur der Kreis der Beteiligten unmittelbar betroffen ist[14], m.a.W. nur die Beteiligten durch diese Bestimmungen direkt berechtigt und verpflichtet werden.

Andererseits darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Statuten "neben dem inneren Funktionieren der Körperschaft stets auch das äussere Funktionieren regeln"[15]. Die AG ist eine Körperschaft, die sich mit ihren Tätigkeiten an die Aussenwelt richtet, dort ihren Absatzmarkt sucht und deshalb in den Statuten insbesondere auch das Handeln ihrer Organe nach aussen regeln muss. In diesem Sinne sind auch Aussenstehende Adressaten von Statutenbestimmungen – ihr Interesse an wesentlichen Teilen der Statuten ist jedenfalls gross.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob einzelne Statutenbestimmungen wenn nicht eine unmittelbare so doch eine mittelbare, d.h. beschränkte Aussenwirkung entfalten.

III. Die Frage der Aussenwirkung von Statuten einer AG

1. Der Grundsatz gemäss herrschender Lehre: keine unmittelbare Aussenwirkung der Statuten

Gemäss herrschender Lehre können aussenstehende Dritte "durch die Statuten direkt weder berechtigt noch verpflichtet" werden, "und sie können insbesondere auch nicht ihre richtige Anwendung durchsetzen"[1].

---

14 vgl. allerdings Art. 628 Abs. 2 OR, unten S. 94

15 Hüppi S. 183

1 Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N. 10 S. 118
vgl. auch Lehmann S. 5, Siegwart Art. 626 N. 16, Forstmoser Art. 832/833 N. 17, F. von Steiger S. 38 f., Allemann S. 25

Wenngleich die Statuten als Grundordnung der AG nicht unbedingt geeignet sind, die Beziehungen der AG zu Dritten unmittelbar zu regeln, ist doch nicht zu übersehen, dass die Statuten insbesondere für Drittpersonen, die in geschäftlichem Kontakt zur AG stehen, von grosser Bedeutung sind und sich deshalb eine Abschwächung dieses Grundsatzes aufdrängt.

2. Die Abschwächung dieses Grundsatzes

Eine beschränkte "Drittwirkung" der Statuten manifestiert sich in dreifacher Hinsicht:
einmal ist auf die allgemeine Publizitätsfunktion der Statuten hinzuweisen: die Gesellschaftsstatuten sind für jedermann im Handelsregister einzusehen, weshalb sich niemand auf mangelnde Kenntnis des entsprechenden Statuteninhalts berufen kann[2]. Sodann gibt es unzählige, grundsätzlich nur die Beteiligten bindende Statutenbestimmungen, die gegenüber Dritten eine gewisse Reflexwirkung erzielen, d.h. mittelbar für Dritte von Bedeutung sind und schliesslich können in erster Linie Gläubiger auch unmittelbar aus den Statuten Rechte ableiten, wobei es sich dann aber meist um gesetzliche oder vertragliche Rechte handelt, die rein deklaratorische Aufnahme in die Statuten gefunden haben.

a) Die durch den Handelsregistereintrag gegenüber jedermann vorausgesetzte Kenntnis des Statuteninhalts

"Ganz allgemein lässt sich das Institut des Handelsregisters umschreiben als ein öffentliches, von staatlichen Behörden geführtes Auskunftsverzeichnis bestimmter für Dritte rechtserheblicher Verhältnisse und

---

2 zur positiven Publizitätswirkung des Handelsregistereintrages vgl. Art. 933 Abs. 1 OR

Tatbestände des Handelsverkehrs"[3]. Hauptzweck des Handelsregisters ist es demnach, die Publizität aller wesentlichen, Dritte interessierenden Tatsachen zu gewährleisten[4]. Zu diesen "wesentlichen Tatsachen" sind zweifellos auch die in den Statuten verankerten Angaben zu zählen[5], denn sie vermitteln jedem Aussenstehenden wertvolle Hinweise über die ihn spezifisch interessierende Gesellschaft.

Dem Handelsregister kommt als öffentliche Institution[6] eine so hervorragende Bedeutung zu, dass die Kenntnis des Inhalts von Gesellschaftsstatuten jeder aussenstehenden Drittperson zugemutet werden kann. Dies ergibt sich auch aus der positiven Publizitätswirkung des Handelsregisters gemäss Art. 933 Abs. 1 OR, der die Fiktion aufstellt, dass jeder der mit einer AG geschäftliche Beziehungen anknüpft, den für ihn massgeblichen Inhalt des Handelsregisters und damit auch den Statuteninhalt kennt[7]. Andererseits muss er sich aber nichts entgegenhalten lassen, was nicht ausdrücklich im Handelsregister aufgeführt ist[8]. Zusammenfassend lässt sich demnach die These aufstellen, dass die Statuten insofern nach aussen wirken, als die Kenntnis ihres Inhaltes gegenüber jedermann, der sich dafür interessiert, vorausgesetzt wird.

b) Die mittelbare Aussenwirkung der Statuten

Verschiedenste Statutenbestandteile einer AG sind nicht nur von unmittelbarer Bedeutung für den Kreis der Beteiligten, sondern entfalten mittelbar auch Wirkungen gegenüber aussenstehenden Dritten.

---

3 Schneider T., Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden (Diss. Zürich 1959), S. 167

4 vgl. u.a. Patry R., Grundlagen des Handelsrechts in: Schweiz. Privatrecht Bd. VIII/1 (Basel und Stuttgart 1976), S. 122 f.

5 vgl. Art. 640/641 OR

6 vgl. Art. 930 OR, der eine jederzeitige Einsichtnahme auch ohne Interessennachweis zulässt.

7 aus der bundesgerichtlichen Praxis vgl. 95 II 455 E. 7

8 sog. negative Publizitätswirkung gemäss Art. 933 Abs. 2 OR

Im Vordergrund stehen etwa jene Statutenbestimmungen, welche den Zweck der Gesellschaft festlegen, die Befugnisse der Organe abgrenzen, die Voraussetzungen der Gültigkeit von Beschlüssen statuieren, die Art der Vertretung und der Auflösung ordnen und damit "alle jene Ereignisse im Leben der AG regeln, die sie nicht nur intern beeinflussen, sondern die auch gegenüber Dritten wirken"[9]. Ohne fundierte Kenntnisse der Gesellschaft und damit auch der Statuten wird sich kein aussenstehender Dritter auf unmittelbare, d.h. geschäftliche Beziehungen zur AG einlassen. Tut er es dennoch, so läuft er Gefahr, dass als Folge mangelnder Statutenkenntnisse gewisse Bestimmungen Reflexwirkungen auf bereits mit der AG eingegangene Verbindungen entfalten. "So können Dritte allenfalls Verträge gegenüber einer Gesellschaft nicht durchsetzen, wenn die Verwaltung diese Verträge in offensichtlicher Missachtung der statutarischen Zweckbestimmung abgeschlossen hat"[10].

Schliesslich finden sich in gewissen Gesellschaftsstatuten auch Bestimmungen, welche scheinbar unmittelbare Beziehungen der AG zu Dritten regeln. Zu denken ist an die Statuten kleinerer Bankinstitute, in denen sich unter dem Titel "Geschäftskreis" oder "Tätigkeitsgebiet" oft detaillierte Vorschriften etwa zu den verschiedenen Möglichkeiten der Kreditgewährung finden[11]. Bei diesen Bestimmungen handelt es sich jedoch nicht um unmittelbar für Dritte massgebende Geschäftsbedingungen, sondern vielmehr "um Anweisungen an die Organe, die Geschäfte in einem bestimmten Sinne zu tätigen"[12]. Für den Dritten, der mit der AG kontrahiert, sind deshalb einzig die Vertragsabreden von unmittelbarer Relevanz: aus ihnen leitet er seine Rechte ab und durch sie wird er auch direkt verpflichtet.

---

9 von Waldkirch S. 46; vgl. auch Lehmann S. 5, F. von Steiger S. 39

10 Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N. 9 S. 118; vgl. auch BGE 95 II 442 ff. (insbesondere S. 450)

11 vgl. Lehmann S. 5, F. von Steiger S. 39; als Beispiel aus der Praxis vgl. die Statuten der Spar- und Leihkasse Schaffhausen vom 24. 11. 72 Art. 7 ff.

12 F. von Steiger S. 39

Dieses Beispiel macht deutlich, dass immer eine scharfe Trennung erfolgen muss zwischen den eigentlichen, jeden Geschäftspartner unmittelbar bindenden Vertragsabmachungen und denjenigen Statutenbestimmungen, die zwar durchaus den Vertragsinhalt beeinflussen, aber in ihrer Funktion als Statutenbestandteil Dritte niemals direkt berechtigen oder verpflichten können.

Unter diesem Aspekt muss auch die Frage der unmittelbaren Aussenwirkung von Statutenbestimmungen betrachtet werden.

c) Die Frage der unmittelbaren Aussenwirkung von Statuten

Spricht man ausnahmsweise von der unmittelbaren Aussenwirkung gewisser Statutenbestimmungen, so handelt es sich dabei meist um gesetzlich bzw. vertraglich festgelegte Rechte oder Pflichten Dritter, die in konkretisierender oder auch rein deklaratorischer Form ihren Niederschlag in den Statuten gefunden haben.

Was die gesetzlich verankerten Schutzansprüche Dritter, insbesondere der Gläubiger, betrifft[13], so ist es auch bei einer eventuellen Konkretisierung dieser Bestimmungen in den Statuten immer das Gesetz, das Klagerechte verleiht bzw. Schadenersatzansprüche zugesteht. Oft erhält aber "die gesetzliche Pflicht ihren konkreten Inhalt erst durch die Statuten", weshalb es vorkommen kann, dass Gläubiger aus der Verletzung statutarischer Pflichten durch die Verwaltung Schadenersatzansprüche ableiten können[14]. Auch wären Gesetzesbestimmungen zur Erhaltung des aktienrechtlichen Haftungssubstrates, also des Grundkapitals, "inhaltlos ohne die bestimmte Kapitalziffer, welche die Statuten nennen"[15].

---

13 vgl. Art. 625 Abs. 2, 643 Abs. 3, 704, 732 ff., 741 Abs. 2, 742 Abs. 2 744, 752 ff. OR

14 vgl. Siegwart Einl. N. 294

15 Siegwart Einl. N. 294

Die in den Statuten niedergelegten vertraglichen Rechte und Pflichten Dritter sind insofern sogenannte unechte Statutenbestandteile[16], als sie auch durch ihre Aufnahme in die Statuten vertragsbestandteile bleiben, als solche unmittelbar zwischen den Vertragsparteien gelten und deshalb keiner Statutenänderung weichen müssen.

Die unmittelbare "Drittwirkung" der im Gesetz vorgesehenen "typischen" Statutenbestimmungen[17], die also weder gesetzlich verankerte Drittansprüche konkretisieren noch vertragliche Abreden beinhalten, stösst aus bereits dargelegten Gründen in der herrschenden Lehre auf Widerstand[18]: die Statuten gelten primär als Innenordnung der AG und regeln als solche Angelegenheiten, die unmittelbar nur die Beteiligten betreffen. Von diesem Grundsatze ausgehend ist es offensichtlich, dass die in den "Normalstatuten" vorhandenen Bestimmungen nicht geeignet sind, unmittelbare Drittwirkungen zu entfalten.

Eine andere Frage ist es, und dies führt uns zum Kernproblem dieser Arbeit, ob nicht im Sinne der für die Gestaltung der Statuten grundsätzlich bejahten Privatautonomie Bestimmungen in die Statuten Einlass finden könnten, die sich im Sinne organisatorischer Richtlinien oder aber als direkt berechtigende bzw. sogar verpflichtende Normen unmittelbar an Dritte wenden. Ansätze dazu finden sich in der Lehre als auch in gewissen Gesellschaftsstatuten: So wird, was die Pflichten Dritter angeht, insbesondere in Bankstatuten eine allgemeine Schweigepflicht statuiert, die sich nicht nur an die Organe der Gesellschaft richtet, sondern es auch allen Beamten und Angestellten zur Pflicht macht, während ihrer Zugehörigkeit zum Unternehmen und auch nach ihrem Ausscheiden, strenge Verschwiegenheit zu wahren[19].

---

16 vgl. unten S. 61 f.

17 vgl. Art. 626 f. OR

18 vgl. oben S. 48 ff.

19 vgl. u.a. die SKA-Statuten vom 18.3.75 § 3, SBG-Statuten vom 6.3.70 § 25, Statuten der Hoffmann-La Roche vom 16.6.71 § 27

Zu diesen Drittpflichten ist zu bemerken, dass man sich zwar Statutenbestandteile vorstellen kann, die wie Verträge zugunsten Dritter wirken[20], dass es aber gemäss herrschender Lehre keinen eigentlichen Vertrag zulasten Dritter gibt[21].

Abgesehen davon bleibt festzuhalten, dass alle Arbeitnehmer arbeitsvertraglich ohnehin zur Verschwiegenheit verpflichtet sind[22], und deshalb diese Klausel nur zur Bekräftigung arbeitsrechtlicher Bestimmungen in den Statuten verankert ist. Andere Kreise, welche mit dem betreffenden Unternehmen in geschäftlichem Kontakt stehen, werden gemäss ihren Berufspflichten, sicher aber gemäss Art. 2 ZGB, zur Diskretion angehalten – die Statuten einer AG können diesbezüglich für sie nicht massgebend sein.

An dieser Stelle sei zudem darauf hingewiesen, dass die Statuten auch als Mittel zur Verankerung von Aktionärspflichten wegfallen müssen. Gemäss herrschender Lehre können nämlich den Aktionären keine über Art. 680 Abs. 1 OR hinausgehende Leistungspflichten überbunden werden[23].

Im folgenden werden wir uns deshalb ausschliesslich mit möglichen Formen statutarischer Drittrechte befassen, umsomehr als aufgrund der Rechtsnatur der Statuten einer solchen Dritteinflussnahme grundsätzlich nichts im Wege steht[24]. Als Drittrecht besonders illustrativ ist die in der Praxis gelegentlich diskutierte statutarische Massnahme, bei grossen Gesellschaften einen unabhängigen Beirat einzusetzen, sei es als Sachverständigenausschuss, welcher der Verwaltung Ratschläge technischer und wirtschaftlicher Art erteilt[25], oder sei es

---

20 vgl. oben S. 34

21 vgl. Guhl/Merz/Kummer S. 167, Becker in Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. VI 1. Abteilung: Allg. Bestimmungen (2. A. Bern 1945) Art. 111 N. 1

22 vgl. Art. 321a Abs. 4 OR

23 vgl. statt vieler Bürgi Art. 680 N. 2

24 vgl. oben S. 34

25 vgl. oben S. 42

als Gremium mit richterlichen Funktionen, das über Einsprachen z. B. während einer Generalversammlung "sogleich und endgültig entscheidet, als eine Art privates Verwaltungs-Schnellgericht"[26].

Weiter ist abzuklären, ob und wie Gläubigern, etwa privaten Darlehensgebern oder Banken als Kreditgebern, gewisse Weisungs- und Kontrollrechte in Gesellschaftsangelegenheiten zuteil werden sollen.

Eigene Problemkreise bilden schliesslich die Fragen, welche Einflussnahme einer beteiligten Gesellschaft bzw. dem Gemeinwesen aufgrund ihrer Sonderstellung gegenüber dem formell-rechtlich selbständigen Unternehmen eingeräumt werden kann.

Die Behandlung dieser Probleme, nämlich einer eigentlichen statutarisch-organisatorischen Einflussnahme Dritter auf das Geschehen innerhalb der AG, wird Aufgabe des besonderen Teils sein, wobei m. E. diese Fragen nicht nur unter dem negativen Gesichtspunkt einer die AG in ihrer Funktionsfähigkeit einschränkenden Massnahme, sondern als positiven Beitrag zur Steigerung der Effizienz bzw. zur Förderung des Goodwills einer AG zu betrachten sind.

Den ersten Teil dieser Arbeit abschliessend sind einige begriffliche Abgrenzungen, insbesondere zwischen sog. echten und unechten Statutenbestandteilen, vorzunehmen sowie Fragen der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit statutarischer Drittrechte zu prüfen.

---

26 Jäggi (Festschrift Hug) S. 344, vgl. auch unten S. 174f.

§ 3 BEGRIFF UND ZULAESSIGKEIT STATUTARISCHER DRITTRECHTE IM ALLGEMEINEN

I. Begriff und Terminologie

1. Der allgemeine Begriff des statutarischen Drittrechts

Ganz allgemein sind unter statutarischen Drittrechten jene Befugnisse zu verstehen, die einem ausserhalb der herkömmlichen Organisationsstruktur der betreffenden AG stehenden Dritten unter Berücksichtigung des zwingenden Aktienrechts in den Statuten eingeräumt werden können[1].

Sowohl Begriff und Funktion der Statuten als auch die Stellung des Dritten wurden bereits erläutert[2]. An dieser Stelle seien lediglich einige Ergänzungen angebracht:

Obschon grundsätzlich davon auszugehen ist, dass der Dritte gewissermassen als "Fremdkörper" Kontakte mit der zumindest formell-rechtlich selbständigen AG anknüpft und diese ihm insofern als geschlossene Einheit entgegentritt, kann es doch vorkommen, dass kapitalmässig an der betreffenden Gesellschaft Beteiligte gleichzeitig die Stellung eines Dritten einnehmen.

Zu denken ist einerseits an verschiedene Gläubigerrechte von Aktionären, insbesondere an den Anspruch auf die rechtmässig durch die GV festgesetzte Dividende. Andererseits ist auch das herrschende Unternehmen im Konzern in wesentlichem Ausmass kapitalmässig an der Tochtergesellschaft beteiligt, und doch muss die konzernrechtliche Einwirkung auf die Leitung der einzelnen, formell-rechtlich nachwievor selbständigen Gliedgesellschaft als Dritteinflussnahme gelten, denn sie überschreitet die Einflussnahme "normaler" Aktionäre. Dies bedeutet, dass die in den Statuten der Gliedgesellschaft verankerten Befugnisse des herr-

---

1 vgl. oben S. 1

2 vgl. oben S. 4 ff. und S. 36

schenden Unternehmens als eigentliche statutarische Drittrechte zu bezeichnen sind. Aehnliches lässt sich auch im Zusammenhang mit der Einflussnahme des Gemeinwesens auf das Geschehen einer AG vorbringen.

Von diesen "mitgliedschaftlichen Drittrechten" sind all jene Drittbefugnisse zu unterscheiden, die aussenstehenden, meist nur obligatorisch mit der betreffenden AG verbundenen Kreisen gewährt werden. Zu denken ist an statutarische Vorkaufsrechte Dritter an Aktien, an Weisungs- und Kontrollrechte bestimmter Gläubiger oder, ganz allgemein, an organähnliche Funktionen Dritter, wie etwa Beiräte oder Schiedsrichter. Im Zusammenhang mit diesen Drittrechten stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit ihrer statutarischen Verankerung. Aufgrund der Privatautonomie können grundsätzlich die verschiedensten Rechte in die Statuten aufgenommen werden. Es muss deshalb vorerst untersucht werden, ob alle in den Statuten festgehaltenden Befugnisse *echte* Statutenbestandteile sind und als solche körperschaftliche Wirkungen entfalten, oder ob es auch *unechte* Statutenbestandteile gibt, d. h. Bestimmungen, die für ihre Wirksamkeit gar nicht in den Statuten enthalten sein müssen.

2. Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Statutenbestandteilen[3]

a) Echte Statutenbestandteile

Wie bereits verschiedentlich hervorgehoben, regeln die Statuten als Grundordnung jeder AG primär die körperschaftlichen Rechtsverhältnis-

---

3 Die Unterscheidung zwischen *echten* und *unechten* Statutenbestandteilen stammt im wesentlichen aus der deutschen Lehre und Rechtsprechung: vgl. Wiedemann § 179 Anm. 2, wo auch die Termini *materielle* und *formelle* Statutenbestandteile verwendet werden; vgl. auch Zöllner § 179 Anm. 3 ff., Winkler S. 394 ff. Aus der deutschen Gerichtspraxis: BGHZ 18 Nr. 25 S. 205 ff., insbesondere S. 207 f., wo auch von *rechtlichen* und *tatsächlichen* Statutenbestandteilen die Rede ist; vgl. auch BGHZ 21 Nr. 48 S. 373. In

se der Gesellschaft[4]. Die Voraussetzungen, denen eine Statutenbestimmung zu genügen hat, soll sie als echter Statutenbestandteil gelten, sind daher etwa die folgenden[5]: Die Statutenbestimmung hat erstens der Regelung gesellschaftlicher Verhältnisse zu dienen; zweitens muss der von ihr verfolgte Zweck von gesellschaftlicher Relevanz sein, und drittens umfasst der Kreis der Normadressaten normalerweise nur die Gesellschaft und die "Gesellschaftsbeteiligten"[6].

Bezüglich dieser dritten Voraussetzung herrscht aber in der Lehre keineswegs Einigkeit[7]. So ist vor allem darauf hinzuweisen, dass die Unterscheidung zwischen echten, d. h. körperschaftlichen und unechten, d. h. individualrechtlichen Statutenbestandteilen nicht davon abhängen kann, "ob die betreffende Bestimmung generell die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft oder aber die Beziehungen der Gesellschaft zu einzelnen Gesellschaftern regelt[8]... Massgebend muss vielmehr sein, ob die jeweilige Satzungsklausel sich auf die Grundlagen der Gesellschaft einschliesslich der Beziehungen zu den Gesellschaftern bezieht oder ob es sich um eine Vereinbarung handelt, die ebensogut ausserhalb der Satzung hätte getroffen werden können"[9].

In den Statuten einer AG können im wesentlichen 2 Gruppen von Bestimmungen körperschaftlicher Natur unterschieden werden:

---

der deutschen Lehre wird in gleichem Zusammenhang auch zwischen körperschaftlichen und individualrechtlichen Bestimmungen unterschieden: vgl. Wiedemann (Auslegung) S. 100 und S. 106, Würdinger S. 33, Ulmer § 2 N. 120 ff.
Für die Schweiz vgl. insbesondere Herren S. 87 ff.

4 vgl. statt vieler Würdinger S. 33, auch oben S. 47

5 vgl. Herren S. 88

6 vgl. auch Schluep (Diss) S. 253 ff., Ulmer § 2 N. 120

7 vgl. auch unten S. 61

8 a. M. ist nebst der bei Ulmer § 2 N. 123 zit. Lehre auch BGHZ 18 Nr. 25 S. 207, wo e contrario zu entnehmen ist, dass alle das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft betreffenden Vereinbarungen echte Statutenbestandteile sein müssen.

9 Ulmer § 2 N. 123

Zum einen sind die generellen körperschaftsrechtlichen Statutenbestimmungen zu erwähnen, die sich an die jeweils Beteiligten, in die Gesellschaft Integrierten, wenden. Sie verkörpern, meist als absolut- oder bedingt-notwendige Bestimmungen, den typischen Statuteninhalt[10], sozusagen den Kern der Statuten[11]. Unter diesen Bestimmungen finden sich Formulierungen, die mehr oder weniger den Gesetzeswortlaut wiederholen und solche, die im Sinne der Hauptaufgabe der Statuten den Gesetzestext konkretisieren und individualisieren.

Zum andern gibt es aber auch individuelle, auf Sonderbeziehungen basierende, aber dennoch körperschaftsrechtliche Bestimmungen, die sowohl einzelne Mitglieder als auch Nichtmitglieder betreffen können; in diesem Bereich sind auch allfällige statutarische Dritteinflussrechte anzusiedeln. Praël nennt als Beispiel "das Recht eines Aussenstehenden, ein Organ zu bestellen, ein Recht von verfassungsrechtlicher (gemeint ist körperschaftsrechtlicher) Natur, da es in die Organisation der Körperschaft eingreift"[12].

Auf die nach Praël dritte Kategorie von Statutenbestandteilen, nämlich den "ausserkörperschaftsrechtlichen Individualbestimmungen"[13], ist im folgenden einzutreten.

b) Unechte Statutenbestandteile

An dieser Stelle soll lediglich auf den Begriff der unechten, d.h. individualrechtlichen Statutenbestandteile eingegangen werden[14].

---

10 vgl. oben S. 48

11 vgl. Praël S. 35

12 Praël S. 34; gerade dieses Beispiel ist aber umstritten: vgl. Praël S. 34 Anm. 110, aber auch Herren S. 88

13 Praël S. 36, zusammenfassend zu den 3 Kategorien S. 35 f.

14 zur Frage der Zulässigkeit solcher Bestimmungen im einzelnen vgl. unten S. 75 ff.

Als Prinzip sei festgehalten, dass nicht alles, was in der Grundordnung einer AG steht, auch wirklich echter und damit körperschaftsrechtlicher Statutenbestandteil ist[15]. Vielmehr kann es auch vorkommen, dass schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern bzw. Dritten Eingang in die Statuten einer AG finden. Zu denken ist etwa an Verwaltungsratstantièmen[16] oder auch an statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien zugunsten aussenstehender Dritter[17]. Durch die Aufnahme in die Statuten ändert sich grundsätzlich nichts an der vertraglichen Natur dieser Abmachungen; ihre Verankerung in den Statuten ist für ihre Wirksamkeit unbeachtlich und insofern rein deklaratorischer Art. Entsprechend hat auch jede allfällige Statutenänderung keinen Einfluss auf den Bestand dieser Vertragsvereinbarungen, die nur durch den übereinstimmenden Beschluss der Vertragspartner aufgehoben oder abgeändert werden können[18].

Da diese schuldrechtlichen Abreden somit bezüglich ihrer Existenz und Wirksamkeit nicht von gesellschaftlicher Relevanz sind, bilden sie höchstens tatsächlich, niemals aber (gesellschafts-)rechtlich einen Bestandteil der statutarischen Ordnung[19]. Anders ausgedrückt sind sie nicht Teil der "aktienrechtlichen Sozialsphäre", sondern betreffen lediglich die "schuldrechtliche Individualsphäre" der Mitglieder bzw. der aussenstehenden Dritten[20].

c) Zusammenfassung

Praël folgend sind drei Kategorien von Statutenbestandteilen zu unterscheiden[21]:

---

15 vgl. Würdinger S. 33, Herren S. 82, BGHZ 18 Nr. 25 S. 207

16 vgl. 75 II 153ff. (=Pra 38 Nr. 122 S. 360ff.); s. auch unten S. 91 f.

17 vgl. Herren S. 90

18 vgl. Würdinger S. 33; ausführlich dazu unten § 4

19 zu dieser Unterscheidung vgl. BGHZ 18 Nr. 25 S. 208

20 vgl. Jäggi (SAG 31) S. 68, Herren S. 82

21 vgl. Praël S. 35f.

- die generellen körperschaftsrechtlichen Bestimmungen
- die individuellen körperschaftsrechtlichen Bestimmungen
- die ausserkörperschaftsrechtlichen Individualbestimmungen

Die ersten zwei Kategorien sind als echte, die dritte als unechte Statutenbestandteile zu bezeichnen.

In Bezug auf die statutarischen Drittrechte kann als wesentliches Merkmal der Unterscheidung zwischen echten und unechten Statutenbestandteilen hervorgehoben werden, dass das Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und den an ihr Beteiligten für das Vorhandensein einer echten Statutenbestimmung allein nicht Gewähr bieten kann. So kommt es oft vor, dass Mitglieder in einem Gläubigerverhältnis zur Gesellschaft stehen, obwohl die entsprechende Vereinbarung in den Statuten verankert ist. Andererseits kann nicht a priori festgestellt werden, dass beim Vorliegen eines statutarisch verankerten Rechtsverhältnisses zwischen der Gesellschaft und einem Dritten es sich immer um eine unechte, d.h. vertragliche Bestimmung handeln muss. M.a.W. erscheint es durchaus denkbar, dass im Bereich der individuellen, auf Sonderbeziehungen basierenden, aber dennoch körperschaftsrechtlichen Statutenbestimmungen der Kreis der Normadressaten weiter gezogen werden kann, und es daher möglich wäre, auch aussenstehenden Dritten statutarische Kompetenzen von aktienrechtlicher Tragweite einzuräumen.

II. Die Frage der Zulässigkeit statutarischer Drittrechte als allgemeines gesellschaftsrechtliches Problem

1. Vorbemerkungen

So wie die Statuten als Rechtsbegriff sui generis Elemente vertraglicher als auch gesetzlicher Natur enthalten[1], so steht die Aktiengesellschaft

---

1 vgl. oben S. 14

als Ganzes im Spannungsfeld zwischen weitestgehender Gestaltungsfreiheit und zwingender Aktienrechtsordnung.

Wollte man sich allein auf die in Art. 19 OR verankerte Privatautonomie berufen, so wäre sicher auch die Ausgestaltung statutarischer Drittrechte irgendwie zu rechtfertigen, denn "dieser auf das Schuldrecht ausgerichtete Grundsatz ist nach Art. 7 ZGB auch auf andere Rechtsverhältnisse, also auch auf das Gesellschaftsrecht anzuwenden"[2].

Diesem zuweilen auch als "Elastizität des Aktienrechts"[3] bezeichneten Gestaltungsspielraum sind in der Lehre verschiedene Widerstände erwachsen, auf die im folgenden kurz eingegangen werden soll.

So wird angeführt, eine zu weitgehende Gestaltungsfreiheit sei mit dem Wesen der AG nicht vereinbar[4]. Aufgrund dieser typologischen Betrachtungsweise wird dann oft die Publikumsgesellschaft als Leitbild des Gesetzgebers für die Ausgestaltung des Aktienrechts bezeichnet[5]. Sodann wird auf die eine AG klassifizierenden Gesetzesbestimmungen verwiesen und mit Hilfe des daraus resultierenden Begriffs der AG versucht, ihre unentbehrlichen Merkmale zu fixieren, um damit einen Trennungsstrich zwischen zulässiger und unzulässiger Gestaltung ziehen zu können[6].

Schliesslich wird insbesondere im Zusammenhang mit dem Schutz der AG vor Dritteinflussrechten die Frage nach dem Persönlichkeitsrecht einer juristischen Person, m.a.W. nach dem "letzten, zwingenden Reservat der Selbstbestimmung"[7] einer Gesellschaft gestellt[8].

---

2 95 II 559

3 vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 2 N. 1 S. 42, Jäggi (SAG 31) S. 67 f.

4 vgl. unten 2.

5 so insbesondere Jäggi (SAG 31) S. 65 ff.

6 vgl. Meier-Hayoz (Lebendiges Aktienrecht) S. 254 f.; vgl. unten 3.

7 Bär in ZbJV 103 (1967) S. 104

8 dies in Analogie zu Art. 27 ZGB; vgl. unten 4.

2. Die Frage der Zulässigkeit statutarischer Drittrechte als Problem der gesellschaftsrechtlichen Typologie

a) Einleitende Bemerkungen zur Typuslehre im Aktienrecht

Vor allem in Deutschland wird seit langem die Theorie vertreten, das "Wesen" bzw. der "Typus" der Gesellschaft bilde "eine generelle Grenze der Zulässigkeit privater Gestaltungen"[9]. Was unter diesem Wesen zu verstehen ist, wird aber insbesondere in der deutschen Rechtsprechung nirgends definiert[10].

Auch in der Schweiz hat sich mit den Ausführungen Jäggis über das "Verhältnis zwischen Gesetz und Wirklichkeit bei der Aktiengesellschaft"[11] eine typologische Betrachtungsweise im Gesellschaftsrecht entwickelt: Ausgehend vom Leitbild einer Publikumsgesellschaft, die er als gesetzlichen Typ der AG bezeichnet[12], stellt Jäggi fest, dass der Grossteil der Gesellschaften von diesem gesetzlichen Modell abweicht, m.a.W. dass die meisten Aktiengesellschaften im Vergleich zum gesetzlichen Typ denaturiert seien[13]. Als Beispiele nennt Jäggi u.a. die Gefahren einer möglichen konzernmässigen, fiduziarischen oder auch statutarischen Drittabhängigkeit einer AG[14], die er als "versteckte Einführung gesetzlich unbekannter Rechtsinstitute" bezeichnet[15]. Dieser "unerhörten Typabweichung"[16] sei mit dem "Postulat der typgerechten Auslegung des Aktienrechts" zu begegnen[17].

---

9 Ott S. 85; vgl. auch Ott S. 57 sowie Teichmann S. 3

10 vgl. Teichmann S. 7

11 Jäggi (SAG 31) S. 65 ff.

12 Jäggi (SAG 31) S. 65

13 Jäggi (SAG 31) S. 66

14 Jäggi (SAG 31) S. 66 f.

15 Jäggi (SAG 31) S. 68

16 Jäggi (SAG 31) S. 67

17 Jäggi (SAG 31) S. 70

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung schien Jäggis Postulat der typologischen Betrachtungsweise zu unterstützen: "Die Aktiengesellschaft ist vor allem eine Kapitalgesellschaft"[18]. "Das ... Ueberwiegen des persönlichen Elementes ... ist ein Gesichtspunkt der dem Wesen (= Typus) der Aktiengesellschaft fremd ist"[19].

Trotz diesen überzeugend klingenden Stellungnahmen für ein bestimmtes, dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Aktienrechts vorschwebendes Modell der AG "war der Sieg der typologischen Methode ... noch nicht gesichert"[20]. So wurden gegen die typologische Betrachtungsweise von verschiedener Seite "gewichtige Bedenken" erhoben[21]. Insbesondere das Bundesgericht machte eine Kehrtwendung: Im Entscheid der Fema AG gegen Bösch, wo es um den präsidialen Stichentscheid bei einer Zweimann-AG ging, wurde das Bundesgericht gezwungen, "die kapitalistische Struktur der AG als Typusmerkmal überhaupt in Frage zu stellen. Es versuchte dies, indem es einerseits auf die zahlreichen, schon gesetzlich vorgesehenen personalistischen Elemente im Recht der AG hinwies und anderseits betonte, dass in der Rechtswirklichkeit die 'kleineren Gesellschaften mit personenrechtlichem Einschlag' überwiegen"[22].

Welcher Typus auch immer dem Gesetzgeber beim Erlass des Aktienrechts vor Augen schwebte, soll an dieser Stelle nicht weiter verfolgt werden. Was uns vor dem Hintergrund dieser Typuslehre vielmehr interessieren muss, ist die Frage, ob der Typus überhaupt dazu geeignet sein kann, etwas für die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Ausgestaltungen der AG beizutragen[23].

---

18 91 II 305

19 91 II 306

20 Meier-Hayoz (Lebendiges Aktienrecht) S. 247

21 vgl. 95 II 560, auch Meier-Hayoz (Lebendiges Aktienrecht) S. 247

22 Meier-Hayoz (Lebendiges Aktienrecht) S. 250 f.; vgl. auch 95 II 560 f.

23 zu dieser Fragestellung vgl. Ott S. 86 ff.

b) Die Gesellschaftsform – nicht der Typus – als Kriterium für die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Gestaltungen

Es muss vorausgeschickt werden, dass im Gesellschaftsrecht der Grundsatz des "numerus clausus" gesetzlicher Gesellschaftsformen gilt, aufgrund dessen die Parteien sich bei der Gründung einer Gesellschaft auf eine der im Gesetz abschliessend aufgezählten Rechtsformen zu beschränken haben. Zudem wird es als selbstverständlich erachtet, dass die Parteien innerhalb der einmal gewählten Form sich an den Rahmen der zwingenden Minimalanforderungen halten[24].

Deshalb wird etwa bei der Ausgestaltung von Statuten nicht nach den dem Typus AG entsprechenden und daher nur ungefähr bestimmbaren Gestaltungsmöglichkeiten gefragt; m.a.W. es wird bei der Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Bestimmungen nicht auf den Gesellschaftstyp, sondern vielmehr auf die Gesellschaftsform abgestellt, denn letztlich ist es allein der eine AG klassifizierende Begriff, der das "Kriterium für die Grenzen der Zulässigkeit atypischer Gestaltungen" darstellt[25].

Ist nun eine aktienrechtliche Bestimmung zwingend, so wird sie zum Begriffsmerkmal und verliert ihre typologische Natur[26]. Hat sie dagegen dispositiven Charakter, so kann sie unter Beachtung des zwingenden Aktienrechts verschiedensten statutarischen Gestaltungen weichen. Auch die Frage nach dem zwingenden oder dispositiven Charakter einer Norm lässt sich nicht mit der Typuslehre beantworten; auch dieses Problem liegt auf einer anderen, rein begrifflichen Ebene[27]. Dies scheint das Bundesgericht in den Entscheiden der Wyss-Fux AG gegen Fux[28] bzw.

---

24 sog. Formenfixierung: vgl. dazu u.a. Koller A., Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht (Diss. Freiburg 1967), S. 126 ff., Ott S. 87 f., Meier-Hayoz/Schluep/Ott S. 317 f., Meier-Hayoz (Lebendiges Aktienrecht) S. 254

25 Meier-Hayoz/Schluep/Ott S. 319, Ott S. 89

26 vgl. Meier-Hayoz/Schluep/Ott S. 319, Ott S. 89

27 vgl. Meier-Hayoz/Schluep/Ott S. 321

28 91 II 298 ff.

der Fema AG gegen Bösch[29] zu verkennen, wenn es in den Erwägungen auf typologische Argumentationen zurückgreift[30]. Eine typologische Betrachtungsweise ist nämlich insofern überflüssig, als das Gesetz in beiden Fällen durch zwingende und nichtzwingende Normen eine klare Entscheidungsgrundlage schafft[31].

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Typuslehre keine Antwort auf die Frage der Zulässigkeit privater Gestaltungen z. B. in der Form statutarischer Drittrechte liefert. Aus ihr "kann man nur die Tendenz ablesen, dass die AG zu einer kapitalistischen Struktur neigt"[32], was aber über die zwingende oder nichtzwingende Natur gewisser Bestimmungen noch nichts Endgültiges aussagt. "Dem Typus kommt nicht der Rang einer bisher unbekannten Schranke der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht zu. Die generelle Grenze der Zulässigkeit privater Gestaltungen wird (unter anderem) durch den Begriff (die Gesellschaftsform) fixiert"[33].

3. Die Frage der Zulässigkeit statutarischer Drittrechte als Problem der begrifflichen Fixierung der Aktiengesellschaft

Wie wir gesehen haben, ist die Typuslehre nicht dazu geeignet, etwa zwingende von dispositiven Normen abzugrenzen. Der Typologie kann daher im Gesellschaftsrecht höchstens die Funktion zukommen, die "isolierten Einzelmerkmale" einer AG zu einem systematischen Ganzen zusammenzufassen, um ganz allgemein das geltende Recht klarer zu erfassen und um damit beispielsweise "den Zwang zu vorausschauender

---

29 95 II 555 ff.

30 vgl. 91 II 305 f. und 95 II 560 f.

31 vgl. Meier-Hayoz (Lebendiges Aktienrecht) S. 248 ff.

32 Meier-Hayoz/Schluep/Ott S. 321

33 Meier-Hayoz/Schluep/Ott S. 321

verantwortlicher Handhabung der statutarischen Gestaltungsfreiheit zu erhöhen"[34].

Versuchen wir dagegen die AG begrifflich zu erfassen, so müssen wir auf sämtliche im Gesetz verankerten Einzelmerkmale zurückgreifen, "die notwendig und ausreichend sind, um ein konkretes Gebilde als Aktiengesellschaft i.S. von OR 620 ff." qualifizieren zu können[35].

Ausgehend von der Legaldefinition in Art. 620 Abs. 1 OR könnte man eine AG etwa umschreiben als "eine in das Handelsregister eingetragene Körperschaft, deren zum voraus bestimmtes Kapital (= Grundkapital) in Teilsummen (= Aktien) zerlegt ist, und für deren Verbindlichkeiten ausschliesslich das Gesellschaftsvermögen haftet"[36].

Bei dieser Umschreibung treten im wesentlichen 3 Begriffsmerkmale in den Vordergrund: die körperschaftliche Struktur mit einer weitgehend zwingend festgelegten, straffen Organisation, die Eigenschaft der AG als Grundkapitalgesellschaft mit einer entsprechenden Ausgestaltung der Haftungsverhältnisse, sowie die Pflicht zur Eintragung im Handelsregister[37].

Allein diese drei Begriffsmerkmale machen deutlich, dass das Aktienrecht mit unzähligen zwingenden Normen ausgestattet ist, die keinen Raum für allzuviele private Gestaltungen offenlassen. Um diese zwingenden Normen von den dispositiven, der Privatautonomie ausgesetzten Bestimmungen scheiden zu können, ist eine genaue Gesetzesanalyse vorzunehmen, die es gestattet, die AG begrifflich zu fixieren.

Diese sog. Formenfixierung liefert uns eine "aktienrechtliche Fundamentalordnung", die auch bei durchaus zulässigen Variationen in der

---

34 Meier-Hayoz (Lebendiges Aktienrecht) S. 262

35 Ott S. 23

36 Forstmoser/Meier-Hayoz § 1 N. 2 S. 34; vgl. auch Jäggi (SAG 31) S. 66 f., Caflisch S. 106 f., Ott S. 24

37 vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 1 N. 3 ff S. 34 ff.

Ausgestaltung der AG immer zu berücksichtigen ist[38]. Durch die Klärung des Begriffs AG soll somit die Frage beantwortet werden, wie weit der privatautonome Gestaltungsspielraum im Aktienrecht reicht bzw. wo die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Gestaltungen zu ziehen ist.

Anders ausgedrückt setzen die Möglichkeiten privater Gestaltungen dort ein, wo das Gesetz keine definitive, d.h. zwingende Regelung vorsieht: hat nämlich "der Gesetzgeber es unterlassen, seine Institute als unabänderlich auszugestalten, so sind die Rechtssubjekte frei, die gesetzliche Form mit einem Inhalt auszustatten, der den individuellen Bedürfnissen Rechnung trägt"[39]. Durch eine straffe, die AG in bestimmter Weise fixierende gesetzliche Ordnung wird deshalb den u.a. durch Art. 19 Abs. 1 OR eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten enge Grenzen gesetzt.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass für private Gestaltungen im Aktienrecht nur wenig Platz ist. Als Grundsatz muss jedenfalls gelten, dass die Freiheit in der Ausgestaltung des Statuteninhalts, also auch in der Verankerung statutarischer Drittrechte, nur innerhalb des zwingenden Aktienrechts besteht. In diesem Rahmen muss auch das Selbstbestimmungsrecht der AG gewahrt bleiben[40]. Denn allein durch ein gewisses Mass an Selbständigkeit kann der Körperschaft ihre Funktionsfähigkeit erhalten bleiben. Deshalb sind der Aufgabe des Selbstbestimmungsrechts einer juristischen Person ähnliche Grenzen gesetzt wie dem Verzicht einer natürlichen Person auf ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit[41].

---

38 vgl. Ott S. 26

39 Schluep in SAG 33 (1960/61) S. 188

40 vgl. 67 I 264 f., 97 II 113 ff.
Caflisch S. 72 f. und S. 124, für die Genossenschaft vgl. Moser S. 180 und die unter Anm. 14 zit. Literatur

41 vgl. Art. 27 ZGB, dazu 67 I 265

Diesen Schranken einer zu umfassenden Drittabhängigkeit soll im folgenden unter dem Blickwinkel eines allgemeinen Persönlichkeitsschutzes nachgegangen werden.

4. Die Frage der Zulässigkeit statutarischer Drittrechte als Problem des Persönlichkeitsschutzes einer juristischen Person

a) Fragestellung

Bedingt durch die verschiedensten Konzentrationsbewegungen in der Wirtschaft hat sich im Gesellschaftsrecht immer wieder die Frage gestellt[42], ob juristische Personen "unbeschränkt auf ihre Selbständigkeit verzichten können, oder ob auch sie, wie natürliche Personen, in der Veräusserung ihrer Freiheit bestimmten Schranken unterworfen sind"[43].

Auf die spezifisch aktienrechtlichen Schranken der Abhängigkeit soll an anderer Stelle eingegangen werden[44]. In diesem Zusammenhang interessieren vielmehr Fragen von allgemeiner Tragweite, nämlich ob die Bestimmung von ZGB 27 im Gesellschaftsrecht analoge Anwendung findet, wie weit gegebenenfalls dieser Persönlichkeitsschutz reicht, und schliesslich, ob bei der Beurteilung der Beschränkbarkeit der Körperschaftsautonomie dem Persönlichkeitsschutz im Rahmen der zwingenden Gesetzesordnung überhaupt selbständige Bedeutung zukommen kann.

b) Die Tragweite von ZGB 27 im Gesellschaftsrecht

Neben die Idee einer möglichst weitgehenden persönlichen Freiheit tritt der Schutzgedanke von ZGB 27[45]: Aufgrund dieser Bestimmung kann nie-

---

42 vgl. u.a. W. von Steiger S. 278a ff., Caflisch S. 72 ff., Oesch S. 133 ff., Maurer S. 98 ff.

43 W. von Steiger S. 278a

44 vgl. unten S. 101 ff.

45 vgl. Egger Art. 27 N. 1

mand ganz oder teilweise auf seine Rechts- und Handlungsfähigkeit verzichten (Abs. 1), m.a.W. es gilt der Grundsatz der Unveräusserlichkeit der persönlichen Freiheit überhaupt (Abs. 2).

Wenngleich vor allem im Zusammenhang mit der Begründung von Abhängigkeitsverhältnissen Zweifel an einer umfassenden Geltung des Persönlichkeitsschutzes bestehen[46], wird doch als Grundsatz hervorgehoben, dass nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen dem Persönlichkeitsschutz von ZGB 27 unterstehen[47]; die juristische Person geniesst nämlich kraft Gesetzes Rechtspersönlichkeit und ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit, umschrieben in ZGB 53/54, ist qualitativ identisch mit derjenigen der natürlichen Personen[48]. ZGB 27 ist somit analog anwendbar, wobei durch diese Bestimmung von allgemeiner Tragweite keine Einzel- oder Minderheitsinteressen, sondern "die juristische Person als Ganzes" geschützt werden soll[49]. Wie weit reicht nun dieser Persönlichkeitsschutz bzw. wo liegen die allgemeinen Schranken der Abhängigkeit einer juristischen Person?

Um die Selbständigkeit und die Existenzfähigkeit einer juristischen Person wahren zu können, sind der Beschränkung der Rechts- und Handlungsfähigkeit gewisse Grenzen gesetzt, "wobei das Mass der für eine juristische Person wesensnotwendigen Freiheit die Schranke gegen Selbstentmachtung und Eingriffe von aussen setzt"[50].

Unter diesem Aspekt haben Rechts- und Handlungsfähigkeit in Bezug auf die juristische Person einen besonderen Sinn[51]:

Vom Standpunkt der Handlungsfähigkeit aus betrachtet, sind die zwingenden Organisationsstrukturen z.B. einer Aktiengesellschaft hervorzuheben,

---

46 vgl. Egger Art. 53 N. 17, Caflisch S. 75 und S. 132

47 vgl. Egger Art. 53 N. 17, W. von Steiger S. 278a ff., Maurer S. 100, Caflisch S. 75, Oesch S. 133 ff., Moser S. 181; vgl. auch 67 I 265

48 vgl. Oesch S. 134

49 Maurer S. 100, W. von Steiger S. 278a

50 Oesch S. 134

51 vgl. W. von Steiger S. 285a

die den Organen unübertragbare Funktionen zuweisen. "Diese Befugnisse und Pflichten setzen die Grenze jeder Beschränkung der Handlungsfähigkeit einer juristischen Person"[52]. Insoweit kann von einer "Unveräusserlichkeit der Handlungsfähigkeit kraft Gesellschaftsrechtes" gesprochen werden[53]. Vom Standpunkt der Rechtsfähigkeit aus betrachtet, ist zu berücksichtigen, dass jede juristische Person um ihrer Mitglieder willen lebt, dass ihre Struktur von Gesellschaftsform zu Gesellschaftsform variiert und dass sich ihr Tätigkeitsbereich primär nach dem Zweck bestimmt, für den sie geschaffen wurde[54]. Durch die individuelle Zweckumschreibung wird nun allerdings der Tätigkeitsbereich einer Gesellschaft beliebig weit oder eng umgrenzt[55]: so kann sich eine juristische Person beispielsweise statutarisch "in den Dienst einer andern Person stellen und sich deren Willen unterordnen, wobei die Abhängigkeit und die Beschränkung der Freiheit zwangsläufig einen beträchtlichen Grad erreichen"[56]. Aus der Möglichkeit der freien Zweckgestaltung allein kann aber "noch nicht auf eine völlige Veräusserlichkeit der wirtschaftlichen Freiheit juristischer Personen, auf ein Fehlen jeglichen Persönlichkeitsschutzes" geschlossen werden[57].

Wesentlich ist nur, dass die jeder Gesellschaftsform zwingend vorgeschriebene Grundstruktur, und damit eine minimale Selbständigkeit, erhalten bleibt. Allein die gesetzliche Ordnung setzt somit den Rahmen für mögliche Beschränkungen der Rechts- bzw. Handlungsfähigkeit. Denn nur was das Gesetz zwingend vorschreibt, ist der Privatautonomie und damit auch der statutarischen Ausgestaltung entzogen. Fehlen solche zwingenden Normen, so sind der Begründung statutarischer Abhängig-

---

52 Oesch S. 134; für das Aktienrecht vgl. zudem Art. 698/722 OR

53 W. von Steiger S. 286a

54 vgl. Oesch S. 134

55 vgl. W. von Steiger S. 287a

56 Oesch S. 134

57 W. von Steiger S. 285a, vgl. auch 69 II 48, 70 II 67 f.

keitsverhältnisse, etwa in der Form freier Zweckgestaltung, auch unter dem Gesichtspunkt eines allgemeinen Persönlichkeitsschutzes keine Grenzen gesetzt.

Die oben dargelegten Zweifel an einer umfassenden Geltung des Persönlichkeitsschutzes bedeuten daher nichts anderes, als dass dem Persönlichkeitsschutz etwa bei der Frage der Zulässigkeit statutarischer, die Körperschaftsautonomie beschränkender Drittrechte keine selbständige Bedeutung zukommt[58]. Der Persönlichkeitsschutz geht nämlich einerseits nicht weiter als die zwingenden gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen[59], "und andererseits sind alle jene Bestimmungen zwingend, die den Persönlichkeitsschutz anvisieren"[60].

5. Ergebnis

Als Grenze für private Gestaltungen im Gesellschaftsrecht, also auch für die allgemeine Zulässigkeit statutarischer Drittrechte, ist allein das Gesetz mit seinen auf die spezifische Gesellschaftsform zugeschnittenen, zwingenden Normen massgebend.

Weder der typologischen Betrachtungsweise noch dem Gedanken eines möglichst weitgefassten Persönlichkeitsschutzes kommen somit neben dem zwingenden Aktienrecht selbständige Bedeutung zu.

Wo die Schranken der Drittabhängigkeit bzw. der Dritteinflussnahme bei der AG im einzelnen liegen und wie frei sie letztlich in der Ausgestaltung ihres Statuteninhalts ist, soll im folgenden, besonderen Teil behandelt werden.

---

58 vgl. Moser S. 182

59 vgl. Moser S. 182; gl. M. Egger Art. 53 N. 17, W. von Steiger S. 285a Caflisch S. 75 ff., eindeutig Tappolet S. 117; a. M., wonach die Grenze der Abhängigkeit vom Persönlichkeitsrecht bestimmt wird: Maurer S. 101, Oesch S. 136, ähnlich Siegwart Einl. N. 211

60 Moser S. 182, s. insbesondere auch Anm. 28

Besonderer Teil:

DRITTRECHTE ALS STATUTENBESTANDTEILE VON AKTIENGESELLSCHAFTEN

§ 4 DRITTRECHTE IN DER FORM UNECHTER STATUTENBESTANDTEILE[1]

I. Vorkaufsrechte Dritter an Aktien als unechte Statutenbestandteile

1. Vorkaufsrechte an Aktien als statutarische Erwerbsberechtigungen

a) Die statutarische Erwerbsberechtigung als Oberbegriff des statutarischen Vorkaufsrechts an Aktien

Mit den statutarischen Berechtigungen zum Erwerb von Aktien, hier kurz statutarische Erwerbsberechtigungen genannt, hat sich der Gesetzgeber nicht befasst. Die einzige in diese Richtung zielende Vorschrift des Aktienrechts, Art. 686 Abs. 4 OR, gilt nach übereinstimmender Auffassung als gesetzliche Erwerbsberechtigung[2]. Da die Vorkaufsrechte an Aktien den wohl häufigsten Anwendungsfall statutarischer Erwerbsberechtigungen darstellen[3], werden, um diese gesetzliche Lücke zu schliessen, die Bestimmungen des Grundstückkaufs[4] entsprechend auf das Aktienvorkaufsrecht übertragen, soweit nicht die Statuten selbst etwas anderes vorsehen[5]. Ungeachtet der fehlenden aktienrechtlichen Grundlage bedient sich die schweizerische Praxis sozusagen "bedenkenlos dieser Figur"[6]. Wie nämlich einer Untersuchung Herrens zu entnehmen ist,

---

1 zum Begriff des "unechten Statutenbestandteils" vgl. oben S. 61 f.
2 vgl. Herren Anm. 2 S. 125
3 vgl. Lehner (SJZ 50) S. 73, Herren Anm. 57 S. 130
4 vgl. ZGB 681, OR 216
5 vgl. Lehner (SJZ 50) S. 73, Widmer S. 6
6 Bär in ZGR 5 (1976) S. 74

hat ein Grossteil der Aktiengesellschaften Erwerbsberechtigungen zum Bestandteil seiner Statuten gemacht[7]. Dabei steht die Erwerbsberechtigung als Oberbegriff für eine Vielzahl von Termini[8], von denen in der Praxis, wie bereits erwähnt, der Begriff des Vorkaufsrechts am häufigsten anzutreffen ist. Allerdings ist der Ausdruck Erwerbsberechtigung insofern exakter, als die statutarischen Vorkaufsrechte bei Aktiengesellschaften oft gar keine Vorkaufsrechte im technischen, d. h. in dem von der Rechtswissenschaft entwickelten Sinn darstellen[9].

Um zu einer allgemeinen Umschreibung der statutarischen Erwerbsberechtigung zu gelangen, ist trotzdem vom rechtsgeschäftlichen Begriff des Vorkaufsrechts auszugehen: "Das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht ist die von einer Person (dem Vorkaufsverpflichteten) einer andern (dem Vorkaufsberechtigten) durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, die Uebertragung einer bestimmten Sache zu Eigentum zu beanspruchen, sobald der Vorkaufsverpflichtete sie einem Dritten verkauft oder auf Grund eines bestimmten andern Rechtsgeschäftes veräussert"[10]. Wird nun diese Definition dahingehend abgewandelt, dass die Erwerbsbefugnis statutarisch verankert und der Erwerbsgegenstand auf Wertpapiere beschränkt wird, so gelangen wir zu folgender Begriffsumschreibung: "Unter einer statutarischen Erwerbsberechtigung verstehen wir die bestimmten Personen (den Erwerbsberechtigten) gegenüber bestimmten andern Personen (den Erwerbrechtsbelasteten) zustehende statutarisch begründete Befugnis, Gesellschaftsanteile unter bestimmten Voraussetzungen überhaupt oder bevorzugt zu erwerben"[11].

Vergleicht man die beiden Definitionen miteinander, so wird ersichtlich, dass ungeachtet der verschiedenartigen Zielsetzungen, die sich mit den

---

7 vgl. Herren S. 19 f.

8 vgl. Herren S. 28 und Anm. 1 S. 125

9 vgl. Lehner (SJZ 50) S. 73 Anm. 1

10 Meier-Hayoz in Berner Kommentar zu Art. 681 ZGB N. 19

11 Herren S. 29

statutarischen Erwerbsberechtigungen im Aktienrecht verfolgen lassen[12], eine "strukturelle Verwandtschaft" zwischen beiden Instituten besteht[13]. Angesichts des rechtsgeschäftlichen Grundcharakters aller Vorkaufsrechte will deshalb der Ausdruck "statutarische Erwerbsberechtigung", der ja insbesondere auch jenen Sachverhalt in seiner Funktion als Oberbegriff mitumfasst, vorerst nichts anderes bedeuten, als dass diese Befugnisse tatsächlich in den Statuten z. B. einer AG niedergelegt sind und daher rein formell als Statutenbestandteile bezeichnet werden können[14]. Materiell, d. h. über Zulässigkeit und Wirkung dieser Berechtigung ist damit noch gar nichts ausgesagt[15]. Vielmehr ist es auch durchaus denkbar, dass diese Bestimmungen keine aktienrechtliche, sondern nur obligatorische Wirkungen entfalten und somit als unechte Statutenbestandteile gelten müssen[16].

b) Der Kreis der Erwerbsberechtigten umfasst auch Drittpersonen

Die meisten Aktiengesellschaften bezeichnen in ihren Statuten ausdrücklich alle bisherigen Aktionäre als Erwerbsberechtigte[17] und gewähren ihnen, im Sinne der Erhaltung des bisherigen Charakters der Gesellschaft, "unterschiedslos und zu gleichen Bedingungen die Möglichkeit des bevorzugten Aktienerwerbs"[18]. Allerdings kommt es insbesondere bei kleineren Gesellschaften vor, dass zur Erhaltung der bestehenden Machtverhältnisse bestimmten Aktionärsgruppen oder sogar einzelnen, in den Statuten genannten Aktionären diese Vorrechte zuteil werden.

---

12 vgl. Herren S. 24 ff.

13 vgl. Herren S. 29

14 vgl. Herren, S. 79, Salzgeber-Dürig S. 162

15 vgl. Salzgeber-Dürig S. 162, Wieland S. 155

16 vgl. zur ganzen Problematik unten 2.

17 vgl. Herren S. 30, Salzgeber-Dürig S. 274

18 Herren S. 29

Nebst den Aktionären gibt es in der Praxis auch andere Erwerbsberechtigte, die nicht kapitalmässig an der AG beteiligt, sondern auf andere Weise mit der Gesellschaft verbunden oder an ihr interessiert sind. Zu denken ist an Personen, die mit den Aktionären verwandt sind, oder auch an Organe und Angestellte, die in leitender Position oder sonstwie im Betrieb mitarbeiten[19]. Daneben werden auch andere Drittpersonen, welche die genannten Voraussetzungen nicht erfüllen, grundsätzlich als Erwerbsberechtigte zugelassen[20]. Im Rahmen der Privatautonomie erscheint eine solche Erweiterung des Berechtigtenkreises insbesondere dann als zulässig, wenn keine zwingenden Bestimmungen des Aktienrechts tangiert werden und es sich, bei Namenaktien, um grundsätzlich eintragungsfähige Personen handelt.

Spätestens in diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, wo denn, unter Berücksichtigung der Grundfunktionen der Statuten, die Grenze der Zulässigkeit statutarischer Erwerbsberechtigungen zu ziehen ist. Es sei in Erinnerung gerufen, dass die Statuten primär organisatorische Aufgaben erfüllen, m.a.W. Verhältnisse von gesellschaftsrechtlicher Tragweite regeln. In dieser Eigenschaft scheinen die Statuten nicht unbedingt das geeignete Institut zu sein, um Berechtigungen rechtsgeschäftlichen Ursprungs aufzunehmen.

Ganz allgemein stellt sich somit im Zusammenhang mit den Vorkaufsrechten an Aktien die Frage, ob diese Rechte so "bedenkenlos" mit aktienrechtlicher, d.h. quasi-dinglicher Wirkung ausgestattet werden können, oder ob es sich nicht um rein schuldrechtliche Verträge handelt, die nicht als echte, körperschaftsrechtliche Statutenbestandteile gelten können.

---

19 vgl. Herren S. 31, Salzgeber-Dürig S. 275

20 vgl. Salzgeber-Dürig S. 275; auch Lehner zählt nicht näher umschriebene Drittpersonen zu den möglichen Erwerbsberechtigten: vgl. SJZ 50 S. 73 Anm. 3. Aus der spärlichen Gerichtspraxis vgl. BJM 1954 S. 109.

2. Die Kontroversen um Zulässigkeit und Wirkung statutarischer Vorkaufsrechte an Aktien

a) Problemstellung

Es sei nochmals betont, dass gegen die formelle Verankerung von Vorkaufsrechten an Aktien in den Statuten nichts einzuwenden ist[21]. Mit Ausnahme von Jäggi, der wohl auch formell eine scharfe Trennung zwischen aktienrechtlicher Sozialsphäre und schuldrechtlicher Individualsphäre fordert[22], wird denn auch allgemein in der Doktrin nicht gegen die tatsächliche Festlegung solcher Berechtigungen Stellung bezogen[23]. Von der formellen Zulässigkeit zu trennen ist jedoch das Problem der materiellen Zulässigkeit, m.a.W. die Frage nach der Wirkung statutarischer Vorkaufsrechte.

Hier ist vorauszuschicken, dass gewöhnliche Vorkaufsrechte wie alle Verträge nur obligatorische Wirkungen entfalten und daher nur inter partes wirken, was bedeutet, dass nur die Vertragspartner, nicht aber Dritte verpflichtet werden können. Dies wiederum birgt die Gefahr einer Umgehung in sich, denn der Vorkaufsberechtigte kann, im Falle eines Verkaufs der Sache an einen Dritten, lediglich auf Schadenersatz gegen den Vorkaufsbelasteten klagen. Da der Dritte Eigentümer der Sache geworden ist, hat der Vorkaufsberechtigte jedenfalls keinen Anspruch auf Realerfüllung. Sein Schutz ist somit ungenügend. Um diesem Umstand abzuhelfen, bietet das Immobiliarsachenrecht die Möglichkeit, Vorkaufsrechte an Grundstücken im Grundbuch vormerken zu lassen[24]. Dadurch soll das Vorkaufsrecht mit einer sog. verstärkten oder realobligatorischen Wirkung ausgestattet werden, d.h. es kann auch gegenüber jedem Rechtsnachfolger des Vorkaufsbelasteten durchgesetzt werden.

---

21 vgl. oben S. 77

22 vgl. Jäggi (SAG 31) S. 68

23 vgl. u.a. Salzgeber-Dürig S. 162, Wieland S. 155; vgl. auch den Entscheid 81 II 202, der die statutarischen Vorkaufsrechte als blosses Faktum erwähnt.

24 vgl. ZGB 681

In unserem Zusammenhang stellt sich deshalb die Frage, ob, gewissermassen als Parallele zum Grundbuch, die Statuten dazu geeignet sind, den Vorkaufsrechten an Aktien verstärkte Wirkung zu verleihen[25]. Aufgrund der praktischen Bedeutung, aber auch infolge der Unsicherheiten, die vor allem auf das Fehlen richterlicher Stellungnahmen zurückzuführen sind[26], hat sich in der schweizerischen Lehre eine eingehende Kontroverse über Zulässigkeit und Wirkung dieser statutarischen Berechtigungen entwickelt[27]. So gibt es denn in der Beurteilung dieser Probleme "eine ganze Skala von verschiedenartigen Auffassungen"[28], auf die im folgenden kurz eingegangen werden soll.

b) Die verschiedenen Ansichten in der Literatur

aa) Statutarische Vorkaufsrechte an Aktien mit verstärkter, quasi-dinglicher Wirkung

Im Gegensatz zur deutschen Lehre[29] ist in der schweizerischen Literatur trotz einigen Gegenstimmen[30] die Meinung vorherrschend, statutarische Vorkaufsrechte an Aktien seien nicht nur formell, sondern auch materiell zulässig, was bedeutet, dass diesen Rechten nicht nur eine rein obligatorische, sondern eine verstärkte, quasi-dingliche oder schlicht

---

25 nebst von verstärkter bzw. realobligatorischer Wirkung spricht man in diesem Zusammenhang auch von quasi-dinglicher oder schlicht aktienrechtlicher Wirkung

26 nebst 81 II 202 vgl. auch BJM 1954 S. 107 ff., wo zwar die Klage, wonach ein statutarisches Vorkaufsrecht nicht durch einen Statutenänderungsbeschluss der GV aufgehoben werden könne, gutgeheissen wurde, aber nicht etwa mit der Begründung, es handle sich um eine letztlich vertragliche Abmachung, die daher keiner Statutenänderung unterstehe.

27 für eine Uebersicht über die Lehrmeinungen vgl. Salzgeber-Dürig S. 163 ff., Herren Anm. 398 S. 158

28 Salzgeber-Dürig S. 1

29 vgl. u.a. Barz in Grosskommentar zum AktG § 68 Anm. 2, Lutter in Kölner Kommentar zum AktG § 68 Anm. 23 sowie bereits bei Salzgeber-Dürig S. 169 und die dort unter Anm. 39 zit. Literatur

30 vgl. nachfolgend bb)

aktienrechtliche Wirkung zukommt[31] und sie daher als echte Statutenbestandteile zu betrachten sind.

Ueber die verstärkte Wirkung statutarischer Vorkaufsrechte an Aktien ist man sich in der herrschenden Lehre allerdings nur soweit einig, als diese nicht wie individuelle Verträge nur inter partes gelten; vielmehr sollen sie zulasten und zugunsten nicht nur der ursprünglichen Aktionäre, sondern aller, der gegenwärtigen und zukünftigen Mitglieder, sowie von Drittpersonen begründet werden können.

Uneinigkeit herrscht dagegen über Tragweite und Konsequenzen einer Verankerung dieser Berechtigungen in den Statuten. Auf der einen Seite wird die Festlegung von Vorkaufsrechten an Aktien in den Statuten mit der Vormerkung im Grundbuch verglichen. Somit wird nicht nur eine entsprechende Einsichtnahme und damit die Kenntnis des Statuteninhalts gegenüber jedermann vorausgesetzt, sondern es wird den statutarischen Vorkaufsrechten eine verstärkte Wirkung in dem Sinne zugeschrieben, als ihre effektive, ordnungsgemässe Erfüllung gegenüber jedem Dritterwerber durchgesetzt werden kann[32].

Auf der anderen Seite wird diese Parallele zum Grundbuch mit dem Hinweis abgelehnt, ein Dritterwerber sei im Moment des Vertragsabschlusses noch nicht Aktionär, somit nicht den Statuten unterworfen und daher auch nicht an das statutarische Vorkaufsrecht gebunden. Entsprechend wird eine dingliche Exekutionsmöglichkeit gegenüber dem Dritterwerber negiert und der Berechtigte auf rein obligatorische Ansprüche gegenüber dem Belasteten verwiesen[33]. Die Ansichten in der neueren Doktrin lösen sich von diesem ungenauen Vergleich mit dem sachen-

---

31 vgl. u.a. Bär S. 496 f., Fromer in ZSR 80 (1961) I S. 149 f., Lehner (SAG 26) S. 197 ff., Pfenninger S. 239 f., Salzgeber-Dürig S. 267, Schucany (SAG 27) S. 63, Schucany (SAG 33) S. 245, F. von Steiger (SAG 16) S. 5 f., Widmer S. 6 f. und S. 49, Herren S. 79 ff.

32 vgl. u.a. Lehner (SAG 26) S. 197 ff., F. von Steiger (SAG 16) S. 5, Pfenninger S. 239 f.

33 vgl. insbesondere Schucany (SAG 27) S. 65 f., Schucany (SAG 33) S. 245 sowie Guhl/Merz/Kummer S. 303

rechtlichen Institut des Grundbuchs und suchen die Antwort auf die Frage nach der verstärkten Wirkung statutarischer Vorkaufsrechte auf einer anderen, rein aktienrechtlichen Ebene.

So wird auf die gegenüber dem rechtsgeschäftlichen Ursprung veränderte Funktion der Vorkaufsrechte hingewiesen, welche im Rahmen der allgemeinen Zwecksetzungen der statutarischen Erwerbsberechtigungen etwa dahingehen kann, die Erhaltung der bisherigen Mitgliederstruktur sicherzustellen. Unter diesem Aspekt werden die statutarischen Vorkaufsrechte an Aktien entweder als Bestandteil der Vinkulierung[34] oder aber als selbständige Uebertragungsbeschränkungen[35] aufgefasst.

Aufgrund der Tatsache, dass statutarische Vorkaufsrechte als Erscheinungsform statutarischer Erwerbsberechtigungen zugleich Uebertragungsbeschränkungen darstellen, "und nicht weil den Statuten eine wie auch immer geartete Drittwirkung zukäme, vermögen die ausübenden Berechtigten die Realerfüllung ihres Erwerbsanspruchs zu erzwingen"[36].

Die Umwandlung grundsätzlich vertraglicher Einrichtungen in aktienrechtliche bietet einen der Ansatzpunkte für die Kritik an der herrschenden Lehre.

bb) Statutarische Vorkaufsrechte an Aktien mit rein obligatorischer Wirkung

Eine Minderheit von Autoren stellt sich entschieden gegen eine verstärkte Wirkung statutarischer Vorkaufsrechte, dies entweder mit dem Hinweis auf das zwingende Aktienrecht[37] oder aber mit der allgemeinen Feststellung, Vorkaufsrechte würden allein die schuldrechtliche Individualsphäre und niemals die aktienrechtliche Sozialsphäre betreffen[38].

---

34 vgl. Salzgeber-Dürig S. 267 und S. 291 ff.

35 vgl. Herren S. 120

36 Herren S. 120

37 vgl. Pestalozzi-Henggeler S. 106 f., Wieland S. 154 f.

38 vgl. Jäggi (SAG 31) S. 68 ff.

Was den ersten Einwand angeht, so wird insbesondere auf Art. 680 Abs. 1 OR verwiesen, der, sozusagen als "magna carta" des Aktionärs im Verhältnis zur AG, nicht nur jegliche Nachschuss- und Nebenleistungspflicht des Aktionärs, sondern überhaupt jede weitergehende Verpflichtung als diejenige zur Bezahlung des Ausgabepreises seiner Aktie ausschliesst[39]. Soweit das Gesetz nicht ausdrücklich Ausnahmen gestattet, fällt darunter jede Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Aktionärs, was in unserem Fall bedeutet, dass ihm auch kein seine Verfügungsfreiheit beschränkendes Vorkaufsrecht mit aktienrechtlicher Wirkung auferlegt werden kann[40].

Was die scharfe Trennung des Schuldrechts vom Aktienrecht betrifft, so betont Jäggi, dass alle echten Vorkaufsrechte generell der schuldrechtlichen Individualsphäre angehören, welche von der aktienrechtlichen Sozialsphäre klar geschieden werden müsse[41]. Gleichzeitig hält er fest, dass durch den im Aktienrecht eingetretenen Bedeutungswandel die statutarischen Vorkaufsrechte meistens nicht mehr identisch sind mit den Vorkaufsrechten im eigentlichen schuldrechtlichen Sinn, wobei er sich aber entschieden dagegen wehrt, dass eine solche Vermischung von rein schuldrechtlichen mit aktienrechtlichen Instituten stattfindet: "Entweder hat ein sogenanntes Vorkaufsrecht gar nicht den Sinn eines echten Vorkaufsrechtes zu Gunsten Einzelner, sondern es dient einzig dem gesellschaftsrechtlichen Zweck der Fernhaltung eines unerwünschten Erwerbers; alsdann ist das Vorkaufsrecht die unpassende schuldrechtliche Form für einen aktienrechtlichen Inhalt, und es ist umzudeuten in eine Vinkulierung des Inhaltes, dass die Gesellschaft einen Erwerber dann (und nur dann) abweisen darf, wenn ein Aktionär bereit ist, die Aktien zu erwerben. Oder die Parteien meinen ein echtes Vorkaufsrecht, und dann gehört es in einen Vertrag, nicht in die Statuten"[42]. Diese Ansicht vertritt im wesentlichen auch Wieland, wobei er allerdings gegen eine

---

39 vgl. Wieland S. 154

40 vgl. Wieland S. 155, Pestalozzi-Henggeler S. 106

41 Jäggi (SAG 31) S. 68

42 Jäggi (SAG 31) S. 69 f.

formelle Verankerung von Vorkaufsrechten in den Statuten nichts einzuwenden hat. So warnt er eindringlich vor dem "irrigen Schluss", wonach den Vorkaufsrechten an Aktien wie anderen Statutenbestimmungen eine aktienrechtliche Wirkung zukommen müsse, nur weil sie durch individuelle Verträge zwischen AG und Aktionär begründet und diese auch den Statuten einverleibt werden können. "Dabei wird übersehen, dass die Rechtswirkungen dieser individuellen Verträge dieselben bleiben müssen, ob sie in den Statuten oder in besonderen Urkunden enthalten sind"[43].

Bei statutarischen Vorkaufsrechten handelt es sich somit nach Ansicht einer Minorität der schweizerischen Lehre immer um unechte, weil schuldrechtliche Statutenbestandteile.

cc) Die Mittellösung Herrens: Statutarische Vorkaufsrechte der Aktionäre als echte, diejenigen Dritter als unechte Statutenbestandteile

Bis hierher wurden die statutarischen Vorkaufsrechte unabhängig vom Kreis der Erwerbsberechtigten entweder als körperschaftliche oder als individualrechtliche Statutenbestandteile bezeichnet. Herren macht nun bezüglich des Berechtigtenkreises folgende Unterscheidung[44]: Er geht aus von den Grundvoraussetzungen, denen eine Statutenbestimmung zu genügen hat, soll sie als echter Statutenbestandteil gelten. Danach muss es sich um die Regelung gesellschaftlicher Verhältnisse handeln, die Bestimmung muss mithin von gesellschaftlicher Relevanz sein und schliesslich soll der Kreis der Normadressaten aus den Gesellschaftern sowie der Gesellschaft selbst bestehen[45].

Da statutarische Erwerbsrechtsbestimmungen, also auch statutarische Vorkaufsrechte, den gesellschaftsrechtlich erheblichen Vorgang des Mitgliederwechsels ordnen, können sie grundsätzlich als echte Statutenbe-

---

43 Wieland S. 155

44 vgl. Herren S. 88 ff.

45 vgl. oben S. 60

standteile betrachtet werden. Jedenfalls tritt nach Ansicht Herrens die nicht zu verleugnende individualistische Grundzwecksetzung gegenüber den gesellschaftsrechtlich relevanten Zielsetzungen in den Hintergrund. Soweit der Kreis der Berechtigten nur Aktionäre umfasst, gelten die statutarischen Vorkaufsrechte somit als selbständige Uebertragungsbeschränkungen. Wird dagegen der Kreis der Erwerbsberechtigten auf aussenstehende Dritte ausgedehnt, so liegt kein Mitgliedschaftsverhältnis und damit auch kein den Statuten vorbehaltener Regelungsbereich vor, denn die Normadressaten sind keine Gesellschafter und werden es auch durch die Zuerkennung der Berechtigtenstellung nicht. "Bestimmungen, mit denen in den Statuten Erwerbsberechtigungen zugunsten aussenstehender Dritter begründet werden, sind deshalb keine echten Statutenbestandteile, sondern stets schuldrechtliche Erwerbsrechtsvereinbarungen"[46].

c) Eigene Stellungnahme

Bezüglich der Lösung Herrens erscheint mir nicht verständlich, weshalb das gleiche, ursprünglich vertragliche Institut des Vorkaufsrechts je nach Normadressaten einmal mit körperschaftlicher und einmal mit individualrechtlicher Wirkung ausgestattet werden soll. Konsequenterweise müssten dann nämlich die Gläubigerrechte der Aktionäre als echte, diejenigen Dritter aber als unechte Statutenbestandteile gelten – eine wohl kaum zu akzeptierende Lösung[47].

Mir scheint es daher gefährlich zu sein, für diese Unterscheidung allzu stark auf das Kriterium der Mitgliedschaft abstellen zu wollen. Vielmehr sollte auf den Charakter einer Statutenbestimmung Rücksicht genommen und dabei die Frage gestellt werden, wie gross die Intensität des Eingriffs in die gesellschaftlichen Verhältnisse ist, m.a.W. wie

---

46 Herren S. 90

47 vgl. unten S. 87 ff.

weit die bestehenden Organisationsstrukturen einer AG durch entsprechende Statutenbestimmungen tangiert werden[48]. So gesehen sind nun aber statutarische Vorkaufsrechte an Aktien keine echten, körperschaftlichen Statutenbestandteile, handelt es sich doch lediglich um Vereinbarungen mit dem rechtsgeschäftlichen Ziel, bestimmten Personen die Möglichkeit zu geben, Aktien im Falle eines Verkaufs durch den momentanen Eigentümer vor jedem anderen Interessenten zu erwerben. An der gesellschaftsrechtlich relevanten Struktur der betreffenden AG ändert sich somit normalerweise nichts.

Stehen nun aber weitergehende Interessen auf dem Spiel, für deren Absicherung ein Schadenersatzanspruch einen ungenügenden Schutz darstellt, wie etwa die Erhaltung bestimmter Mehrheitsverhältnisse, so muss auf die durchaus tauglichen aktienrechtlichen Mittel, zu denken ist an die Vinkulierung, zurückgegriffen werden.

Das Schweigen des Gesetzgebers in der Frage des Aktienvorkaufsrechts darf deshalb m. E. weder zu einer Vermischung rein schuldrechtlicher Einrichtungen mit den aktienrechtlichen Formen der Uebertragungsbeschränkungen führen noch sind die dem Grundbuch durch die Möglichkeit der Vormerkung persönlicher Rechte gesetzlich zugedachten Funktionen mit denjenigen der Statuten einer AG zu vergleichen.

Ich schliesse mich somit der Ansicht der Minderheit an, wonach Vorkaufsrechte an Aktien immer als rechtsgeschäftliche Vereinbarungen zu betrachten sind. Dies will nun aber keineswegs bedeuten, dass es nicht Befugnisse geben kann, die sich gewissermassen vom vertraglichen Grundverhältnis "abspalten" und als eigentliche organisatorische Drittrechte in die aktienrechtliche Sozialsphäre und damit in das Organisationsgefüge einer AG eingreifen können[49].

---

48 vgl. zu dieser Betrachtungsweise die deutsche Lehre: u.a. Praël S. 34, Wiedemann § 179 Anm. 2. Deshalb wird in der deutschen Lehre eine verstärkte Wirkung statutarischer Vorkaufsrechte abgelehnt (vgl. dazu auch S. 80 Anm. 29)

49 vgl. unten S. 92 ff. sowie insbesondere § 5

II. Gläubigerrechte als unechte Statutenbestandteile

1. Uebersicht über die Gläubigerrechte im Bereich der Aktiengesellschaft

a) Gläubigerrechte im allgemeinen

Wer einen auf rechtsgültige Weise erlangten, vermögensrechtlichen Forderungsgrund gegen eine AG innehat, ist deren Gläubiger. "Unter Gläubigerrechten, auch Dritt- oder Fremdrechte genannt, sind somit solche Ansprüche auf vermögensrechtliche Leistungen zu verstehen, welche Dritten in ihrer Eigenschaft als Gesellschaftsgläubiger vertraglich zugesichert sind"[1].

Durch die Aufnahme dieser Gläubigerrechte in die Statuten einer AG ändert sich nichts an ihrem vertraglichen Charakter, insbesondere werden sie nicht zu körperschaftlichen Rechten, sondern bleiben unechte, d. h. schuldrechtliche Statutenbestandteile. Auf einer vertraglichen Vereinbarung basierend unterliegen sie somit nicht mehr einseitiger Aufhebung oder Abänderung durch Beschlüsse der Generalversammlung, sondern bedürfen dazu eines Vertrages zwischen der Gesellschaft und den Berechtigten. Dieser allein ist für die Parteien massgebend, was bedeutet, dass nach Inkrafttreten des Abänderungs- bzw. Aufhebungsvertrages eine Statutenänderung materiellrechtlich gar nicht mehr nötig ist[2].

b) Gläubigerrechte der Aktionäre

Selbst ein Aktionär kann sich gegenüber der Gesellschaft in der Stellung eines Gläubigers und damit eines Dritten befinden.

---

1 Locher S. 7

2 vgl. Würdinger S. 33; auch oben S. 62

Obwohl ihm kein Recht auf Rückforderung des eingezahlten Aktienbetrages zusteht[3], gibt es doch verschiedene aus der Mitgliedschaft hervorgehende Vermögensrechte, die ihn gegenüber der Gesellschaft als mit aussenstehenden Gläubigern gleichgestellten Forderungsberechtigten erscheinen lassen. Zu denken ist in erster Linie an den Anspruch auf Auszahlung der rechtsgültig durch die Generalversammlung festgesetzten Dividende. Ferner kommen eventuelle Ansprüche auf Bauzinsen oder, nach Durchführung der Liquidation, auf die Liquidationsquote in Betracht. All diese Forderungen der Aktionäre sind eigentliche Gläubigerrechte, deren Verankerung in den Statuten rein deklaratorische Bedeutung hat.

c) Gläubigerrechte der Organe und Angestellten

Lohnforderungen aller Kategorien von Arbeitnehmern oder etwaige Pensionszusagen sind selbstverständlich vertraglich zugesichert und somit auch bei statutarischer Festlegung rein obligatorische Drittansprüche.

Bestimmungen über die Beteiligung der Verwaltungsratsmitglieder am Reingewinn der AG bedürfen zwar der statutarischen Grundlage[4], doch sind die gemäss den gesetzlichen Erfordernissen festgesetzten Tantièmen reine Vermögensrechte und als solche Bestandteil des Vertrages zwischen dem Verwaltungsratsmitglied und der Gesellschaft[5].

d) Gläubigerrechte der Obligationäre

Obligationengläubiger stehen als Dritte ausserhalb des gesellschaftsrechtlichen Organisationsgefüges der AG. Ihr Anspruch geht einzig auf die regelmässige Auszahlung eines Zinses sowie letztlich auf die Rückzahlung

---

3 vgl. Art. 680 Abs. 2 OR

4 vgl. Art. 627 Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 677 OR

5 vgl. unten II. 2. b) S. 91 f.

des investierten Kapitals. "Die Obligation enthält, im Gegensatz zur Aktie, eine Forderung gegen die AG und trägt einen zum voraus bestimmten festen Zins, der unabhängig vom Ertrag der Unternehmung zu zahlen ist und mit einem bestimmten Tag ohne weiteres fällig wird"[6]. Statutarischen Bestimmungen bezüglich der Forderungen der Obligationengläubiger kommt deshalb auch keinerlei gesellschaftsrechtliche Wirkung zu.

e) "Sonderfälle"[7]

Nicht immer sind die in den Statuten festgehaltenen "Gläubigerrechte" so problemlos von den körperschaftlichen Rechten zu trennen:
So werden einerseits die de lege lata häufig als bedingte, vom Erfolg abhängige Gläubigerrechte bezeichneten Partizipationsscheine sukzessive zu aktienähnlichen Beteiligungsrechten, während andererseits bei besonderen Vertragsverhältnissen, etwa bei partiarischen Rechtsverhältnissen, sich Drittbefugnisse von den herkömmlichen Gläubigerrechten "abspalten", die durchaus körperschaftlicher Natur sein können.

2. Richterliche Stellungnahmen zu Gläubigerrechten in der Form unechter Statutenbestandteile

a) Aus der deutschen Rechtsprechung: BGHZ 18 Nr. 25 S. 205 ff.

Im Entscheid der Metallwaren H. GmbH (Beklagte) gegen den Gesellschafter H. (Kläger) aus dem Jahre 1955 ging es um einen GV-Beschluss, welcher dem alleinigen Geschäftsführer der Gesellschaft und dessen Ehefrau ein Ruhe- und Witwengeld bestehend aus einem Fixum und einer

---

6 Locher S. 11

7 vgl. unten III. S. 92 ff.

Tantième mit Zweidrittelsmehrheit gegen die Stimme des Klägers zubilligte.

Von Seiten des Klägers aber auch seitens der ersten zwei Instanzen wird u.a. argumentiert, die Umwandlung der Geschäftsführertantième, die Bestandteil der satzungsmässigen Gewinnverteilungsregelung sei, in eine Pensionstantième komme einer Satzungsänderung gleich. Der angegriffene GV-Beschluss sei mangels Erreichung der für eine Satzungsänderung notwendigen Mehrheit, aber auch aufgrund von Formmängeln nichtig. Die Beklagte dagegen sieht in der Pensionstantième lediglich Geschäftsunkosten, deren Bewilligung nicht der Mehrheit und Form von Satzungsänderungen bedürfe. Dieser Ansicht schliesst sich der Bundesgerichtshof im wesentlichen mit folgender Begründung an: "Auszugehen ist davon, dass hier die Festsetzung der Gehaltstantième Bestandteil der satzungsmässigen Gewinnverteilungsregelung ist. Grundsätzlich ist allerdings nicht alles, was im Gesellschaftsvertrage steht, echter Satzungsbestandteil. Nicht jede Aenderung einer im Gesellschaftsvertrage enthaltenen Bestimmung ist Satzungsänderung. Denn in den Gesellschaftsvertrag werden auch Vereinbarungen aufgenommen, die nicht das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft betreffen und gar nicht in der Satzung enthalten zu sein brauchen, um wirksam zu sein[8] ... Deshalb gehören Bestellung und Gehalt eines Geschäftsführers, auch wenn sie in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen sind, nur tatsächlich, nicht aber rechtlich zur Satzung, so dass eine Aenderung insoweit nicht der Einhaltung der für eine Satzungsänderung gegebenen Vorschriften bedarf ... Dasselbe gilt in der Regel von der statutarisch festgelegten Geschäftsführertantième. Sie gehört wie das Gehalt zu den Geschäftsunkosten und mindert wie jedes andere Passivum den zu verteilenden Reingewinn ... Ihre Festsetzung im Gesellschaftsvertrag bedeutet daher grundsätzlich nicht, dass sie nur nach den Vorschriften über die Satzungsänderung abänderbar ist"[9]. Weiter führt der

---

8 vgl. oben S. 60 Anm. 8

9 BGHZ 18 Nr. 25 S. 207 f.

Bundesgerichtshof aus, es werde zwar der Gewinn der Gesellschafter geschmälert, aber das geschehe nicht durch einen Eingriff in die statutarische Gewinnverteilungsregelung, sondern durch eine Erhöhung der Geschäftsunkosten, m.a.W. die Pensionstantième sei nicht in die Gewinnverteilungsregelung eingebaut, sondern gerade aus ihr herausgenommen[10].

b) Aus der schweizerischen Rechtsprechung: BGE 75 II 149 ff. (= Pra 38 Nr. 122 S. 360 ff.)

Im Fall Girod gegen Etablissements Barberot S.A. aus dem Jahre 1949 klagte G., der für das Geschäftsjahr 1945/46 noch Mitglied des Verwaltungsrates gewesen war, gegen die Gesellschaft auf Ausrichtung der nach Statuten und Gesetz den VR-Mitgliedern zustehenden Tantième. Die Gesellschaft dagegen hatte aufgrund eines GV-Beschlusses auf die Ausrichtung der in den Statuten vorgesehenen Tantièmen verzichtet.

Das Bundesgericht erklärt in Gutheissung der Berufung des Klägers G. den GV-Beschluss für nichtig und verpflichtet die Etablissements Barberot S.A. zur Ausrichtung der G. zustehenden Tantième. Zur Begründung führt das Bundesgericht u.a. aus, der Kläger müsse zur Geltendmachung seines Anspruchs auf die unter Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften[11] in den Statuten vorgesehene Tantième nicht zuvor die Ungültigerklärung des GV-Beschlusses, durch den ihm deren Ausrichtung verweigert wurde, erwirken. Denn die Tantième sei zumindest ein Teil der dem VR-Mitglied geschuldeten Entlöhnung, die Gegenstand einer ausdrücklichen Vereinbarung sein könne. "Aber selbst wenn, wie im

---

10 vgl. BGHZ 18 Nr. 25 S. 208; vgl. auch Lindenmaier-Möhring, Kurzausgabe 1950-55 § 549 ZPO Nr. 25: "Gesellschaftsverträge einer GmbH unterliegen nicht der freien Nachprüfung durch das Revisionsgericht, soweit sie Bestimmungen individualrechtlichen Inhalts, z.B. Bestimmungen über eine Pensionszusage für Witwen der Geschäftsführer, enthalten."

11 vgl. Art. 627 Ziff. 2/677 OR

vorliegenden Falle, die Tantièmen durch die Statuten festgesetzt werden, sind sie vertraglich geschuldet; die betreffenden Statutenbestimmungen bilden unter diesen Umständen ohne weiteres einen integrierenden Bestandteil des Vertrags zwischen dem VR-Mitglied und der Gesellschaft. Kommt diese ihrer in den Statuten niedergelegten Verpflichtung zur Ausrichtung bestimmter Tantièmen nicht nach, so kann daher jedes VR-Mitglied Bezahlung des auf ihn entfallenden Teils verlangen; er befindet sich in dieser Beziehung der Gesellschaft gegenüber in der Stellung eines Gläubigers wie irgendein Dritter. Ein solcher kann aber selbstverständlich seine Ansprüche gegen die AG geltend machen ohne Rücksicht auf den Beschluss, durch den die GV den internen Willen der Gesellschaft zum Ausdruck bringt. Dasselbe gilt für das VR-Mitglied, das die Ausrichtung von Tantièmen verlangt"[12].

III. "Sonderfälle"; insbesondere die "Abspaltung" körperschaftlicher Befugnisse von individualrechtlichen Grundverhältnissen

1. Ausgangslage

Sowohl im Zusammenhang mit statutarischen Vorkaufsrechten Dritter an Aktien als auch bei der Behandlung der Gläubigerrechte im Bereich der AG sind wir auf unechte Statutenbestandteile gestossen, also auf vertragliche Vereinbarungen, deren Verankerung in den Statuten rein deklaratorische Bedeutung zukommt. Als Gegensatz dazu, sei nochmals in Erinnerung gerufen, dass sich echte Statutenbestandteile von unechten dadurch unterscheiden, dass sie Verhältnisse von körperschaftlicher Tragweite regeln und somit als Organisationsnormen in die Struktur der be-

---

12 Pra 38 Nr. 122 S. 361 f.

treffenden AG eingreifen[1]. Die Primärfunktion der Statuten als Innenordnung der AG bringt es zudem mit sich, dass echte Statutenbestandteile vorwiegend das organisatorische Verhältnis zwischen den Mitgliedern und der AG betreffen, während umgekehrt unechte Statutenbestandteile oft Vertragsverhältnisse mit aussenstehenden Dritten regeln. Trotzdem scheint mir, wie bereits an anderer Stelle betont[2], nicht die Mitgliedschaft das entscheidende Kriterium für die Unterscheidung zwischen echten und unechten Statutenbestandteilen zu sein. Vielmehr ist die Intensität des Eingriffs in die gesellschaftlichen Verhältnisse mindestens so massgebend[3]. So gesehen ist es einerseits, wie an verschiedenen Beispielen erörtert, selbstverständlich, dass etwa Rechte von Aktionären als Gläubigerrechte und damit als unechte Statutenbestandteile Eingang in die Statuten finden, während es andererseits als durchaus denkbar erscheint, dass organisatorische Drittbefugnisse unter Respektierung der zwingenden Aktienrechtsordnung als echte Statutenbestandteile auftreten können.

Diese sind zwar der Statutenänderung durch die Mehrheit der Aktionäre ausgesetzt, doch kommt ihnen im Gegensatz zu den individualrechtlichen Statutenbestimmungen insofern verstärkte Wirkung zu, als sie gegenüber jedem Rechtsnachfolger Gültigkeit beanspruchen, was in der Praxis sicher grösseres Gewicht hat, als die Gefahr einer eventuellen, von klaren Mehrheitsverhältnissen abhängigen Aenderung solcher Teilbestimmungen.

Da die beiden Kategorien von Statutenbestimmungen nicht immer klar auseinandergehalten werden können, treten Abgrenzungsprobleme zutage, auf die im folgenden kurz eingegangen werden soll.

---

1 vgl. oben S. 59 ff.

2 vgl. oben S. 85 f.

3 vgl. auch oben S. 60, insbesondere Ulmer § 2 N. 123

2. Der Sachübernahmevertrag als "quasi-unechter" Statutenbestandteil

Art. 628 Abs. 2 OR schreibt vor, dass, falls die Gesellschaft von Aktionären oder von Dritten Sachwerte übernehme, der entsprechende Vermögenswert, der Name des Veräusserers und die Gegenleistung der Gesellschaft in den Statuten anzugeben seien. Die Aufnahme dieser Einzelheiten in die Statuten ist eine conditio sine qua non, m.a.W. diese Bestimmungen gehören zum bedingt-notwendigen Statuteninhalt. Dieser umfasst aber normalerweise nur echte, d.h. generelle oder individuelle körperschaftsrechtliche Bestimmungen[4]. Dem ist nun entgegenzuhalten, dass, im Gegensatz zur Sacheinlage, durch die Uebernahme von Vermögenswerten kein Mitgliedschaftsverhältnis entsteht, sondern derjenige der die Sache der AG überlässt, regelmässig durch eine Geldleistung, jedenfalls nie durch Aktien, entschädigt wird. Somit erwachsen dem Veräusserer durch das Ueberlassen der Vermögenswerte keinerlei körperschaftliche Befugnisse. Beim Sachübernahmevertrag handelt es sich daher trotz der zwingenden statutarischen Verankerung um einen synallagmatischen Vertrag und nicht um einen körperschaftlichen Akt[5]. Die Unsicherheit kommt wohl daher, dass zwar einerseits ein individualrechtliches Geschäft vorliegt, dieses aber andererseits seine volle Wirksamkeit erst durch einen körperschaftlichen Vorgang, nämlich durch die Aufnahme in die Statuten, erhält[6].

3. Die künftigen PS-Rechte als Vorbild für die Gewährung echter körperschaftlicher Befugnisse an bestimmte Gläubigerkategorien

a) Die Rechte aus Partizipationsscheinen (de lege ferenda)

Markantes Beispiel für einen sukzessiven Uebergang von Gläubiger- zu Beteiligungsrechten sind die in Partizipationsscheinen verbrieften Rech-

---

4 vgl. Art. 627/628 OR sowie oben S. 61

5 vgl. Würdinger S. 36, Zöllner § 179 Anm. 5

6 vgl. Siegwart Art. 628 N. 47

te[7]. Ursprünglich und auch heute noch oft als bedingte, d.h. vom Gewinn abhängige Gläubigerrechte bezeichnet, gelten die PS nach den neusten Vorschlägen zur Revision des Aktienrechts gewissermassen als "Aktien ohne Stimmrecht", d.h. die Partizipanten sollen den Aktionären, mit Ausnahme des Stimmrechts, weitgehend gleichgestellt werden. Bei den PS-Inhabern handelt es sich somit um Beteiligte, die in das Organisationsgefüge der AG integriert sind[8] und für die deshalb die Statuten "die massgebende Ordnung"[9] verkörpern, was bedeutet, dass die die PS betreffenden Statutenbestimmungen zumindest teilweise körperschaftsrechtlicher Natur sind und in diesem Sinne auch als echte Statutenbestandteile gelten müssen.

Art. 656a Abs. 2 des Vorentwurfs für eine Revision des Aktienrechts lautet: "Für das Partizipationskapital, für die Partizipationsscheine und für die daraus Berechtigten (Partizipanten) gelten, soweit im folgenden nichts anderes bestimmt wird, die Vorschriften über das Aktienkapital, die Aktien und die Rechte und Pflichten der Aktionäre."

"Daraus ergibt sich als erstes und dogmatisch wichtigstes, dass die Vermögensrechte eines PS-Inhabers nicht mehr Genussrechte und damit Gläubiger- oder ausserkörperschaftliche Rechte sind, sondern wie die der Aktionäre Mitgliedschaftsrechte"[10].

Bezüglich der Mitverwaltungs- und Schutzrechte soll als zweites die Rechtsstellung der Partizipanten wesentlich verbessert werden. Zwar wird ihnen auch künftig kein Stimmrecht eingeräumt[11]; zudem sollen sie normalerweise auch kein Recht auf Teilnahme an der GV, kein Recht auf deren Einberufung, keinen Anspruch auf einen Vertreter in der Verwaltung und kein Recht auf Wählbarkeit in die Verwaltung haben. Mit Ausnahme des Stimmrechts besteht jedoch in diesen Punkten

---

7 für eine Uebersicht vgl. oben S. 42 ff.

8 vgl. oben S. 44

9 Forstmoser/Meier-Hayoz § 33 N. 23 S. 232

10 Bauer S. 273

11 vgl. Vorentwurf Art. 656b

die Möglichkeit, diese Rechte durch ausdrückliche statutarische Bestimmungen zu gewähren[12]. Uebrig bleiben von Gesetzes wegen somit im wesentlichen drei Rechte[13]:

Zum einen das Recht, Verantwortlichkeitsklagen analog Art. 754 ff. OR gegen die Gesellschaftsorgane zu erheben, sodann Kontroll- und Auskunftsrechte[14] und schliesslich ein umfassendes Anfechtungsrecht[15].

Bis heute wurden in der Praxis bereits Teile dieser Revisionspostulate verwirklicht. In zahlreichen Gesellschaftsstatuten ist die Rechtsstellung der Partizipanten ausführlich geregelt. Besonders illustrativ sind die Artikel 9 ff. der Statuten der Oerlikon-Bührle Holding AG, wo die Partizipationsscheine mit den Inhaberaktien gleichgestellt werden, "soweit die Statuten und das Gesetz nicht zwingend etwas anderes bestimmen"[16]. Insbesondere gewähren die PS die gleichen Vermögensrechte wie die Inhaberaktien, "jedoch kein Stimmrecht und kein Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung und auf ihre Einberufung"[17]. Daneben haben die Partizipanten auch gewisse Informations- und Einsichtsrechte[18].

Vorbehaltslos können die den Partizipanten gewährten Befugnisse nicht auf beliebige Dritte übertragen werden. Gleichwohl sollen diese Rechte als Vorbild dienen, wenn es darum geht, bestimmten Gesellschaftsgläubigern gewisse, sich von den normalen Gläubigerrechten "abspaltende" Befugnisse einzuräumen. Zu denken ist etwa an schuldrechtliche Gewinnbeteiligungen (partiarische Rechtsverhältnisse), denen zwar die Jahresbilanz zugrunde gelegt werden kann, die aber dennoch nicht aktienrechtlich erfasst sind.

---

12 vgl. Vorentwurf Art. 656b und Art. 656d

13 dazu ausführlich Bauer S. 285 ff.

14 vgl. Vorentwurf Art. 656c Abs. 1 in Verbindung mit Art. 696/697 OR

15 vgl. Vorentwurf Art. 656c Abs. 4

16 Statuten der Oerlikon-Bührle Holding AG vom 22. 6. 73 Art. 9

17 Statuten der Oerlikon-Bührle Holding AG vom 22. 6. 73 Art. 10 Abs. 1

18 Statuten der Oerlikon-Bührle Holding AG vom 22. 6. 73 Art. 11

b) Ansätze zu körperschaftlichen Befugnissen bestimmter Gesellschaftsgläubiger[19]

aa) im allgemeinen

Auszugehen ist vom "Grundsatz der Nichteinmischung der Gläubiger in die Interna der Gesellschaft"[20], was einmal bedeutet, dass den Gläubigern nicht a priori jegliche Information über die Vermögens- und Ertragslage einer AG vermittelt werden sollte[21].

Dennoch stellt sich die Frage, ob nicht gewissen Gläubigerkategorien Rechte von körperschaftlicher Tragweite statutarisch zugesichert werden könnten, welche die Gesellschaftsform der AG nicht unnötig diskriminieren, m.a.W. das zwingende Aktienrecht nicht verletzen würden. Anregungen dazu finden sich etwa im Gesetz: So schreibt Art. 704 OR vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen den Gläubigern einer AG Einsicht in die Bilanz sowie in die Gewinn- und Verlustrechnung zu gewähren ist. Sodann gibt es zahlreiche Spezialbestimmungen wie etwa Art. 1160 OR, der vorsieht, dass bei Anleihensobligationen der Vertreter der Gläubigergemeinschaft an den Verhandlungen der Gesellschaftsorgane mit beratender Stimme teilnehmen kann.

Aber auch im "gesellschaftsrechtlichen Alltag" kann es vorkommen, dass sich gewisse Gesellschaftsgläubiger ihre Stellung dadurch verstärken, indem sie sich gewisse Einflussrechte statutarisch einräumen lassen. Ungeachtet der ablehnenden Haltung des Bundesgerichtes, das statutarische Mitwirkungs- und Einspracherechte Dritter grundsätzlich für ausgeschlossen erachtet[22], kann man sich als praktisches Beispiel durchaus

---

19 Lit. b) kommt einer Uebersicht gleich, genaueres dazu vgl. unten S. 167 ff.

20 Schindler S. 50

21 vgl. Vischer/Rapp S. 65

22 vgl. 67 I 264 f. und 97 II 113 ff. Andererseits hat das Bundesgericht die Teilnahme eines mit Aktionärsrechten versehenen Dritten an der GV nicht für nichtig, sondern lediglich für anfechtbar gehalten: vgl. 96 II 23f. sowie die Kritik Kummers in ZbJV 108 (1972) S. 132 ff.; zur ganzen Problematik vgl. auch unten S. 114 f. und S. 119

vorstellen, dass sich eine Bank als Kreditgeberin einer AG zur Absicherung ihrer Gläubigerstellung konkrete Weisungs- und Kontrollrechte statutarisch zusichern lässt.

bb) im Zusammenhang mit Partiarischen Rechtsverhältnissen

Als partiarische Rechtsverhältnisse bezeichnet man solche, bei denen dem einen Kontrahenten für eine Leistung eine Gewinnbeteiligung eingeräumt wird, das Entgelt also vom wirtschaftlichen Erfolg des andern Kontrahenten abhängig ist[23]. Die im Zusammenhang mit der einfachen Gesellschaft auftretenden Abgrenzungsprobleme brauchen uns an dieser Stelle nicht zu interessieren. Gegenüber der AG als Körperschaft ist der gewinnberechtigte Vertragspartner immer aussenstehender Dritter. Bei partiarischen Rechtsgeschäften handelt es sich somit stets um synallagmatische Verträge, bei denen letztlich jeder Vertragspartner seine eigenen Interessen verfolgt. Und doch verbindet die beiden Parteien das gemeinsame Interesse an einem möglichst hohen Geschäftsgewinn. Aufgrund dieser identischen Zielvorstellungen ist es angebracht, dem aussenstehenden Dritten gewisse Kontroll- und Ueberwachungsrechte einzuräumen[24]. Gleichzeitig ist es eine Selbstverständlichkeit, "dass auch der Partiar so weit Einsicht in die Rechnungslegung haben muss, als es die Wahrnehmung seines Gewinnbeteiligungsrechts erfordert, und dass er sich in vielen Fällen noch zusätzliche Informationsrechte ausbedingt"[25].

---

23 vgl. W. von Steiger (Privatrecht) S. 327, Meier-Hayoz/Forstmoser § 1 N. 48 S. 41, Soergel/Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3 (10. A. Stuttgart 1969), Anm. 13 vor § 705, 99 II 305

24 vgl. im Zusammenhang mit dem partiarischen Darlehen: Soergel/Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 (10. A. Stuttgart 1967), Anm. 23 ff. vor § 607

25 Meier-Hayoz/Forstmoser § 1 N. 59 S. 43; vgl. auch 99 II 305, W. von Steiger (Privatrecht) S. 328

Ist der Partiar Arbeitnehmer der betreffenden Gesellschaft, so werden ihm diese Rechte zumindest teilweise durch das Gesetz garantiert[26]. Selbst beschränkte Mitwirkungsrechte können den Gewinnbeteiligten gewährt werden: so kommt es in kleineren Aktiengesellschaften sicher vor, dass Partiare vor wichtigen unternehmerischen Entscheiden konsultativ begrüsst werden.

Soweit diesen Einflussrechten keine zwingenden Gesetzesbestimmungen entgegenstehen, können diese Drittrechte als echte körperschaftliche Befugnisse in die Statuten Eingang finden, was zwar aufgrund des Einzelfallcharakters nicht oft der Fall sein wird, aber trotzdem als durchaus denkbar erscheint.

IV. Ergebnis und Ausblick

Als Beispiele unechter Statutenbestandteile wurden die Vorkaufsrechte Dritter an Aktien sowie die verschiedenen Gläubigerrechte im Bereich der AG behandelt. Zwei Merkmale treten dabei in den Vordergrund:

1. Durch die Aufnahme in die Statuten ändert sich nichts an der vertraglichen Natur dieser Vereinbarungen, sie werden dadurch nicht zu echten körperschaftsrechtlichen Statutenbestandteilen.

2. Der statutarischen Verankerung dieser Rechtsverhältnisse kommt deshalb rein deklaratorische Bedeutung zu, sie ist somit ohne jegliche aktienrechtliche Wirkung. In der Praxis hat dies zur Folge, dass die Vereinbarungen den Statutenänderungen nicht unterworfen sind, sondern eines Aufhebungs- bzw. Abänderungsvertrages zwischen den Parteien bedürfen, was andererseits bedeutet, dass diese Rechtsgeschäfte nur inter partes wirken.

---

26 vgl. Art. 322a OR

Allerdings treten auch Abgrenzungsprobleme zutage: So sind etwa die Sachübernahmeverträge in dem Sinne echte Statutenbestandteile, als ihre Einzelheiten zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften und aus Publizitätsgründen in den Statuten niedergelegt sein müssen. Gleichwohl handelt es sich dabei um Vertragsbestandteile, die als solche keinerlei körperschaftliche Wirkungen entfalten.

Auf der anderen Seite ist das Beispiel der Partizipationsscheine zu erwähnen, wo sich der Uebergang von Gläubigerrechten und damit unechten Statutenbestandteilen zu Beteiligungsrechten und damit echten Statutenbestandteilen manifestiert. Unter diesem Gesichtspunkt sind die PS Vorbild für andere Gläubigerrechte, wo zwar ein rein vertragliches Grundverhältnis vorliegt, von dem sich aber u. U. echte körperschaftliche Drittbefugnisse "abspalten" können.

Dies führt uns zur Problematik der echten statutarischen Drittrechte, die uns im folgenden beschäftigen werden. Nebst den angedeuteten Möglichkeiten von Einflussrechten aussenstehender Gläubiger wird zu untersuchen sein,

- wie es sich mit den Drittbefugnissen verhält, wenn der "Dritte" zugleich Aktionär der betreffenden AG ist (Stichwort: Konzern)[1],
- welche statutarische Einflussnahme sich das Gemeinwesen aufgrund des öffentlichen Interesses ausbedingen kann (Stichwort: gemischtwirtschaftliche Unternehmen)[2],
- welche Einflussrechte schliesslich sog. organähnlichen Dritten (Stichwort: Beirat) eingeräumt werden können[3].

---

1 vgl. unten § 5 I.

2 vgl. unten § 5 II.

3 vgl. unten § 5 III.

§ 5 DRITTRECHTE IN DER FORM ECHTER STATUTENBESTANDTEILE[1]

I. Der Tatbestand konzernmässiger Abhängigkeit aufgrund statutarischer Drittrechte

1. Begriff und Schranken der Abhängigkeit im Aktienrecht

a) Der Begriff der Abhängigkeit

aa) Der allgemeine Abhängigkeitsbegriff

Eine Aktiengesellschaft kann sich in verschiedenster Weise, hauptsächlich durch Beteiligungen aber auch durch vertragliche oder statutarische Bindungen in die Abhängigkeit einer anderen Gesellschaft oder eines sonstigen Dritten begeben. Damit ist bereits angedeutet, dass es in erster Linie Konzerntatbestände sind, die den "Grundsatz der Geschlossenheit und Einheit der Gesellschaft, der sich vor allem in der Selbständigkeit ihrer Willensbildung äussert"[2] ins Wanken bringen.

Bevor aber auf den spezifisch konzernrechtlichen Begriff der Abhängigkeit eingegangen werden kann[3], soll in aller Kürze versucht werden, aus den unzähligen, z.T. recht umständlichen Begriffsumschreibungen[4] das wesentliche Kriterium der Abhängigkeit herauszugreifen.

Um eine Gesellschaft beherrschen zu können, ist nach übereinstimmender Auffassung stets eine Willensbeeinflussung zumindest in den

---

1 zum Begriff des "echten Statutenbestandteils" vgl. oben S. 59 ff.

2 Caflisch S. 76

3 vgl. unten bb)

4 zu den verschiedenen Definitionen der Abhängigkeit vgl. u.a. Kronstein S. 7, Joss R. W., Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1935) S. 111, Frankenberg S. 25 und 31, W. von Steiger S. 290a, Maurer S. 70, Caflisch S. 61 und 71 f., Oesch S. 134, Plüss S. 14, Emmerich/Sonnenschein S. 49 ff.

wesentlichen Gesellschaftsfunktionen erforderlich[5], m.a.W. Art und Ausmass des Einflusses auf die Willensbildung einer Gesellschaft verkörpern das entscheidende Begriffsmerkmal einer rechtserheblichen, allgemein verstandenen Abhängigkeit[6].

Eine AG wäre also dann abhängig, "wenn sie in ihrer Willensbildung nicht frei ist und ihr ein fremder Wille aufgezwungen werden kann, wenn ihre Entschlüsse vom Entscheid oder der Zustimmung einer dritten Stelle abhängen"[7], wobei sowohl eine gesellschaftsexterne als auch eine gesellschaftsinterne Abhängigkeit in Frage kommen[8].

Dieser allgemeine Abhängigkeitsbegriff kann insofern nicht befriedigen, als ja jede AG der Gesamtheit ihrer Mitglieder als Willensbildungsorgan unterworfen, m.a.W. an den Willen der Aktionärsmehrheit gebunden und somit von diesem abhängig ist[9].

Im Konzernrecht kann deshalb dieser weitgefasste, sich allein auf das Willensmoment abstützende Abhängigkeitsbegriff nicht genügen[10].

bb) Der spezifisch konzernrechtliche Abhängigkeitsbegriff

Mangels eigener Rechtsgrundlagen muss die schweizerische Lehre in allen Konzernrechtsfragen auf die entsprechenden Bestimmungen des deutschen Aktiengesetzes zurückgreifen[11]. Die in § 17 AktG definierte

---

5 vgl. v.a. Frankenberg S. 31, W. von Steiger S. 290a

6 vgl. v.a. Frankenberg S. 25, Caflisch S. 63, Oesch S. 134

7 Caflisch S. 61

8 zu diesem Begriffspaar vgl. Caflisch S. 62. W. von Steiger S. 283a unterscheidet zwischen innerer Abhängigkeit und Abhängigkeit gegenüber Dritten.

9 vgl. W. von Steiger S. 283a, Caflisch S. 61

10 vgl. auch Plüss S. 13

11 vgl. §§ 15-19 sowie §§ 291 ff. des deutschen AktG

Abhängigkeit wird als Zentralbegriff des gesamten Aktienkonzernrechts bezeichnet[12] mit der Folge, dass diese Umschreibung oft auch als Vorbild für neue Regelungen herangezogen wird[13].

§ 17 AktG definiert abhängige Unternehmen als "rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann"[14]. Bei diesem "abhängigen Unternehmen" wird es sich meist um eine Aktiengesellschaft handeln, die unter der einheitlichen Leitung einer anderen AG steht, welche ihrerseits einen bestimmenden Einfluss auf die Geschäfts- und Personalpolitik der abhängigen Gesellschaft ausüben wird[15].

Zu diesem Abhängigkeitsbegriff ist zu bemerken, dass einerseits für die Annahme der Abhängigkeit die blosse Möglichkeit eines beherrschenden Einflusses genügt[16], dass aber andererseits für den spezifisch konzernrechtlichen Abhängigkeitsbegriff der beherrschende Einfluss stets von einer Gesellschaft ausgehen muss, ansonsten jede von einem Mehrheitsaktionär beherrschte AG als Konzern gelten müsste[17].

Bevor auf die spezifisch konzernrechtliche Einflussnahme eingegangen werden kann[18], soll ein Blick auf die absoluten Schranken der Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft geworfen werden.

---

12 vgl. Emmerich/Sonnenschein S. 50 bzw. S. 59

13 vgl. etwa Art. 6 des Statuts für Europäische Aktiengesellschaften; dazu A. von Graffenried, Ueber die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung (Diss. Bern 1976) S. 140 ff., v. a. S. 142

14 vgl. auch Emmerich/Sonnenschein S. 49, aus der neuesten schweizerischen Konzernrechtsliteratur Plüss S. 14

15 vgl. Emmerich/Sonnenschein S. 49

16 vgl. Emmerich/Sonnenschein S. 50

17 dies führt uns zur hier nicht weiter zu verfolgenden Problematik des Unternehmensbegriffes; vgl. dazu Emmerich/Sonnenschein S. 34ff.

18 vgl. nachfolgend 2./3.

b) Die absoluten Schranken der Abhängigkeit einer AG

aa) Ausgangslage

Bereits im allgemeinen Teil dieser Arbeit konnte festgehalten werden, dass die aufgrund der Privatautonomie gewährten Gestaltungsmöglichkeiten ihre Grenzen einzig an den zwingenden Bestimmungen des Gesellschaftsrechts finden[19]. Insbesondere das Aktienrecht kennt zahlreiche zum Schutze von Aktionärsminderheiten, Gläubigern oder gar der Oeffentlichkeit aufgestellte, zwingende Vorschriften, welche "die unabdingbare Grundlage jeder Aktiengesellschaft" darstellen und ihr ihr "charakteristisches Gepräge" verleihen[20]. Auch bei weitestgehenden wirtschaftlichen und rechtlichen Abhängigkeitsverhältnissen muss "das aktienrechtliche Spiel gesetzmässig gespielt werden"[21], was bedeutet, dass jede Einflussnahme auf eine AG sich in bestimmten, vom Gesetzgeber vorgezeichneten Bahnen abwickeln muss. Caflisch spricht in diesem Zusammenhang "von der 'normativen Selbständigkeit' der abhängigen Gesellschaft als dem Inbegriff des Komplexes der zwingenden aktienrechtlichen Vorschriften"[22].

Welches sind nun diese Normen, die "dank ihrer zwingenden Natur den unverrückbaren Grundstock jeder Aktiengesellschaft" bilden[23]?

---

19 vgl. v.a. oben S. 74

20 Caflisch S. 78

21 Jäggi (SAG 31) S. 67

22 Caflisch S. 79; der Begriff der "normativen Selbständigkeit" stammt von K. Wieland, Handelsrecht Bd. 2 (München/Leipzig 1931), S. 394

23 Caflisch S. 107

bb) Die aktienrechtlichen Schranken der Abhängigkeit im Ueberblick[24]

Die zwingenden gesetzlichen Minimalanforderungen, die eine absolute Schranke gegen jede Dritteinflussnahme darstellen und denen daher jede AG gerecht werden muss, gewährleisten "den notwendigen Einblick in die Geschäftslage der Gesellschaft, die Sicherstellung einer genügenden Haftungsmasse im Interesse der Gläubiger, eine klare und übersichtliche Zuständigkeitsordnung im Interesse der Oeffentlichkeit, den Schutz der Minderheit und der Gesellschaft selbst, ihrer Aktionäre und Gläubiger durch die Schaffung bestimmter Verantwortlichkeiten und schliesslich die Möglichkeit, die verschiedenen Interessen durch entsprechende Rechtsmittel und Kontrollrechte zu verteidigen"[25].

aaa) Publizitätsvorschriften

Das Aktienrecht kennt unzählige Publizitätsvorschriften, die teilweise schon bei der Gründung eingehalten werden müssen[26]. Zentrale Bedeutung kommt sodann der konstitutiven Eintragung der AG ins Handelsregister zu[27] und schliesslich haben auch der Geschäftsbericht und die Bilanzen eine wesentliche Publizitätsfunktion[28].

bbb) Kapitalbindung

Dem Grundkapital der AG kommt eine überragende Bedeutung zu, stellt es doch einerseits die Haftungsgrundlage für die Gesellschaftsgläubiger und andererseits die Kreditgrundlage für die Gesellschaft selbst dar[29].

---

24 dazu ausführlich Caflisch S. 80ff.
25 Caflisch S. 103
26 vgl. insbesondere Art. 630 und 631 OR
27 vgl. Art. 640 ff. OR
28 vgl. Art. 724 bzw. 704 OR
29 vgl. Caflisch S. 81

Entsprechend zahlreich sind die zwingenden Vorschriften zur Erhaltung des Grundkapitals. An dieser Stelle sei lediglich festgehalten, dass auch bei weitestgehender wirtschaftlicher Abhängigkeit die zum Schutze des Grundkapitals aufgestellten Normen niemals verletzt werden dürfen: "darin liegt die Schutzfunktion der Kapitalbindung"[30].

ccc) Organisation

Ziel des Gesetzgebers war es, im Interesse der Oeffentlichkeit eine klare, übersichtliche und durchschaubare Zuständigkeitsregelung zu treffen[31]. Er tat dies durch die Trennung von legislativen und exekutiven Funktionen innerhalb der AG, durch eine Scheidung von Verwaltung und Kontrolle und schliesslich indem er für die einzelnen Organe einen klar umrissenen, z. T. unübertragbaren Pflichtenkatalog aufstellte. So sind als "Legislative" die Generalversammlung mit ihren weitgehend unübertragbaren Befugnissen[32], als "Exekutive" die Verwaltung, die ihre Aufgaben im Rahmen von Art. 722 OR allerdings an Dritte delegieren kann und als Ueberwachungsorgan die Kontrollstelle zu nennen.

ddd) Verantwortlichkeiten

Die in Art. 752 ff. OR festgelegten Vorschriften über die Verantwortlichkeit sind von grosser Bedeutung, umschreiben sie doch in erster Linie die Haftung aller mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation betrauten Personen[33], womit sie eine wesentliche Schranke gegen eine zuweitgehende Dritteinflussnahme bilden.

---

30 Caflisch S. 87

31 vgl. Müller-Freienfels in AcP 156 (1957) S. 529

32 vgl. Art. 698 OR, auch unten cc) S. 108 f.

33 vgl. v.a. Art. 754 OR

eee) Wohlerworbene Rechte der Aktionäre

Was sie kennzeichnet ist "ihre Unentziehbarkeit gegen den Willen des Berechtigten trotz ihrer aktienrechtlichen Grundlage"[34]. Auch diese wohlerworbenen Aktionärsrechte "bilden oft eine unübersteigbare Schranke gegen Expansionsbestrebungen des herrschenden Aktionärs"[35].

fff) Statuten und Statutenänderung

Auch wenn der Gesetzgeber einer Dritteinflussnahme keine unmittelbaren gesetzlichen Schranken in den Weg legt, so ist gleichwohl jede herrschende Person an die Statuten sowie an die Bestimmungen über die Statutenänderung gebunden[36].

ggg) Rechtsmittel und Kontrollrechte

Insbesondere den Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern, teilweise auch der Verwaltung stehen gewisse Rechtsmittel und Kontrollrechte zu, die zur Verstärkung und zum Schutze der soeben im Ueberblick dargelegten zwingenden Normen ins Aktienrecht aufgenommen wurden.

Bei den Rechtsmitteln ist in erster Linie an die Anfechtungsklage von Art. 706 OR zu denken, sodann an die verschiedenen Verantwortlichkeitsklagen sowie an eventuelle Nichtigkeits- oder Auflösungsklagen.

Bei den Kontrollrechten ist vor allem auf die in Art. 696 und 697 OR festgelegten, unverzichtbaren Kontroll- und Auskunftsrechte der Aktionäre hinzuweisen.

---

34 Siegwart Art. 646 N. 15, vgl. auch Art. 646 OR

35 Caflisch S. 95

36 vgl. Art. 626 ff. bzw. Art. 647 ff. OR, auch unten S. 109

cc) Das Beispiel von Art. 698 Abs. 2 OR:
Die unübertragbaren Befugnisse der Generalversammlung

Zu den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung zählen gemäss Art. 698 Abs. 2 OR insbesondere die Festsetzung und Aenderung der Statuten, die Wahl, Entlastung und Abberufung von Verwaltung und Kontrollstelle, die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz und des Geschäftsberichts, sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Reingewinns.

Diese Norm ist zwingender Natur und garantiert jeder AG einen unantastbaren Bereich innerhalb welchem sie ihre Angelegenheiten selbständig ordnen kann. "Nach Theorie und Gerichtspraxis ist es sogar unzulässig, anderen Organen oder sonstigen Personen beschränkte Mitbestimmungsrechte an den erwähnten unübertragbaren Kompetenzen der GV zu gewähren"[37].

Was dies in concreto für die herrschende Person bedeutet, sei an zwei Beispielen kurz erläutert.

aaa) Die Wahl der Verwaltung durch die GV (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR)

Da diese Norm zwingender Natur ist, kann eine herrschende Person "ihren Einfluss auf die Wahl der Verwaltung nicht direkt ausüben, die Verwaltungsräte nicht unmittelbar selbst bestimmen, sondern sie muss den Weg über die Abstimmung in der Generalversammlung beschreiten"[38]. Formellrechtlich ist sie somit stets und ohne Ausnahme an das Wahlverfahren im Rahmen der Generalversammlung gebunden. Um dort ihren Willen durchzusetzen, muss sie entweder über eine Aktienmehrheit verfügen oder dann durch bestimmte Vereinbarungen die Gewissheit haben, dass die Stimmen nach ihren Weisungen abgegeben werden. Anders aus-

---

37 Bürgi Art. 698 N. 2; vgl. auch Funk Art. 698 N. 2, 67 I 264

38 Caflisch S. 104

gedrückt käme jede statutarische Bestimmung oder Vertragsklausel, die von dieser zwingenden Gesetzesvorschrift abweichen würde, einem Verstoss gegen zwingendes Aktienrecht gleich und wäre deshalb nichtig.

bbb) Festsetzung und Aenderung der Statuten durch die GV (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR)

Auch die Festsetzung und Aenderung der Statuten gehören unbestrittenermassen zu den gesetzlichen Mindestkompetenzen der GV. "Wenn auch in den USA teilweise abweichende Regelungen bekannt sind, so entspricht es doch feststehender kontinentaleuropäischer Tradition, dass Einbrüche in diese Kompetenz nicht gestattet sind"[39], was nichts anderes bedeutet, als dass auch eine herrschende Gesellschaft bzw. ein Mehrheitsaktionär an das Verfahren zur Festsetzung und Aenderung der Statuten gebunden ist.

Ergänzend sei festgehalten, dass in der Literatur oft betont wird, die Kompetenz zur Festsetzung der Statuten sei vor allem auch deshalb allein der GV vorbehalten, weil es sich um einen "Akt der gesetzgebenden Selbstbestimmung" handle, der "zum Wesen einer privatrechtlichen Körperschaft" gehöre, weshalb auch jegliches "Mitsprache- oder Genehmigungsrecht anderer Gesellschaftsorgane oder Dritter" ausgeschlossen sei[40]. Diese Argumentation kann m. E. deshalb nicht befriedigen, weil mit Hilfe eines allgemeinen Persönlichkeitsschutzes bzw. einer typologischen Betrachtungsweise versucht wird, erlaubte Tatbestände von unerlaubten zu trennen. Dafür, und dies kann nicht oft genug betont werden, ist aber allein das Gesetz mit seinem zwingenden Normenkatalog zuständig[41].

Einzig unter diesem Gesichtspunkt ist daher zu untersuchen, ob etwa die erwähnten Mitwirkungsrechte Dritter zulässig sind oder nicht[42].

---

39 Vischer/Rapp S. 131 (vgl. v. a. Anm. 4)

40 Bürgi Art. 698 N. 30 in Verbindung mit 67 I 264f.

41 vgl. schon oben im allgemeinen Teil S. 74

42 vgl. unten S. 116 ff.

2. Die Formen konzernmässiger Abhängigkeit im Ueberblick

a) Der Begriff des Konzerns

Bevor auf die Formen konzernmässiger Abhängigkeit eingegangen werden kann, soll der Konzernbegriff kurz umrissen werden. Wie beim Begriff der Abhängigkeit[43] so ist auch hier das deutsche Recht wegleitend[44].

In § 18 Abs. 1 AktG wird der Konzern folgendermassen definiert: "Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen"[45].

Bei den Konzernunternehmen wird es sich in der Schweiz meist um Aktiengesellschaften handeln, weshalb der Konzern vereinfachend auch als "eine Zusammenfassung von zwei oder mehr rechtlich selbständigen Aktiengesellschaften unter einheitlicher Leitung" bezeichnet werden kann[46]. Diese knappe Definition macht deutlich, dass beim Konzern zwei Wesensmerkmale in den Vordergrund treten[47], nämlich einerseits die Zusammenfassung von zwei oder mehr zumindest formellrechtlich selbständigen Aktiengesellschaften und andererseits, als entscheidendes Begriffselement, die einheitliche Leitung der Konzerngesellschaften durch die herrschende Gesellschaft[48], wobei grundsätzlich eine lockere Koordi-

---

43 vgl. oben S. 102 f.

44 vgl. § 18 Abs. 1 AktG sowie Emmerich/Sonnenschein S. 61 ff.

45 für die Schweiz vgl. u. a. Frankenberg S. 6 f., W. von Steiger S. 230a f., Maurer S. 38 ff., Caflisch S. 53, Oesch S. 128 f., Zweifel S. 61, Tappolet S. 3, Plüss S. 6

46 Plüss S. 6

47 vgl. Zweifel S. 61; Oesch S. 129 nennt als weiteres, allerdings nicht konstitutives Merkmal die "einheitliche Vermögenssphäre".

48 durch die einheitliche Leitung unterscheidet sich der Konzern von der Abhängigkeit, wo die blosse Möglichkeit der Einflussnahme ausreicht; vgl. Emmerich/Sonnenschein S. 63, auch oben S. 103

nierung der zusammengefassten Konzerngesellschaften in den wichtigsten Fragen der Geschäftspolitik für die Annahme eines Konzerns genügen muss[49].

b) Die Formen konzernmässiger Abhängigkeit

Wie wir gesehen haben, ist es schwierig, einen allgemeingültigen aber dennoch rechtlich relevanten Abhängigkeitsbegriff aufzustellen. Einfacher erscheint es, die in der Praxis auftretenden Formen der Drittabhängigkeit zu Fallgruppen zusammenzufassen. So werden in der Literatur normalerweise drei Formen der Abhängigkeit unterschieden[50]: die stimmenmässige, die statutarische (organisatorische) und die vertragliche (obligatorische). Daneben gibt es aber auch rein faktische, rechtlich kaum erfassbare Abhängigkeitsverhältnisse[51].

aa) Die stimmenmässige Abhängigkeit

Damit ist keineswegs die offensichtliche stimmenmässige Bindung jeder AG an den Willen ihrer Mitglieder, die ja vom Gesetzgeber durch die Schaffung der GV als dem obersten Willensbildungsorgan geradezu gefördert wurde, gemeint[52], sondern in erster Linie die massgebende Beteiligung der herrschenden AG an der abhängigen: als "Beherrschungsmittel par excellence"[53] verkörpert sie die einfachste, naheliegendste und auch wichtigste Form der Einflussnahme. Oft wird erst eine sta-

---

49 vgl. Emmerich/Sonnenschein S. 63

50 vgl. dazu: Kronstein S. 8 ff., Ulmschneider S. 4 ff., Frankenberg S. 43 ff., W. von Steiger S. 291a ff., Maurer S. 73 ff., Caflisch S. 109 ff., Oesch S. 142 ff., Tappolet S. 12 ff., Plüss S. 14 f.

51 vgl. Caflisch S. 110

52 vgl. Caflisch S. 110, in diese Richtung auch Maurer S. 74 ff.

53 Caflisch S. 111

bile Mehrheitsbeteiligung eine einheitliche Leitung und damit die wirtschaftliche Integration der abhängigen in die herrschende AG erlauben[54]. Allerdings ist zur Beherrschung einer AG nicht immer eine solide Aktienmehrheit erforderlich, vielmehr kann auch eine Stimmenmehrheit in der GV genügen.

Es sind verschiedene Gründe, die dafür verantwortlich sind, dass eine Minderheitsbeteiligung ausreicht, um die GV einer AG zu dominieren. Zum einen ist an die GV-Abstinenz eines Grossteils der Aktionäre zu erinnern. Ein Gefühl der Machtlosigkeit hindert insbesondere die Kleinaktionäre daran, ihr Stimmrecht an der GV wahzunehmen. Zum andern sind verschiedene Möglichkeiten zur Verstärkung der Stimmenmacht ohne entsprechenden Kapitaleinsatz hervorzuheben, wie etwa die vom Gesetzgeber selbst in Art. 693 OR vorgesehenen verdeckten Stimmrechtsaktien, die verschiedenen Abstimmungsvereinbarungen, die Legitimationszession und damit das Depotstimmrecht der Banken[55].

Der massgebenden, die GV kontrollierenden Beteiligung kommt auch deshalb eine zentrale Bedeutung zu, weil die stimmenmässige Machtstellung "regelmässig und meist notwendigerweise Grundlage und Ausgangspunkt der Bildung und Festigung der Abhängigkeit auf vertraglicher oder statutarischer Grundlage" ist[56].

bb) Die statutarische (organisatorische) Abhängigkeit[57]

Unter statutarischer Abhängigkeit verstehen wir die den ausserhalb der ursprünglichen Organisationsstruktur der abhängigen AG stehenden Dritten gewährten Einflussrechte, welche in den Statuten verankert sind und

---

54 vgl. Plüss S. 16

55 vgl. W. von Steiger S. 292a

56 Caflisch S. 111; vgl. auch W. von Steiger S. 293a, Tappolet S. 12, Plüss S. 16

57 vgl. dazu auch ausführlich unten 3.

auf diese Weise eine gesellschaftsrechtlich relevante, organisatorische Abhängigkeit begründen[58].

Dabei erweist sich das zwingende Aktienrecht, wie wir bereits gesehen haben[59], als absolute Grenze gegen jede statutarische Dritteinflussnahme. So können insbesondere keine "Modifikationen in der Grundkonzeption der Aktiengesellschaft als organisierte und selbständige Einheit vorgenommen werden"[60].

Entgegen früheren Ansichten[61] herrscht heute die Meinung vor, in der Praxis könne "durch statutarische Bestimmungen nie ein Abhängigkeitsverhältnis begründet, sondern lediglich legitimiert und eventuell gefestigt werden"[62]. Im Vordergrund stehe somit immer die Abhängigkeit aufgrund einer massgebenden Beteiligung, womit der statutarischen Abhängigkeit nur eine subsidiäre Rolle zukomme; "denn keine Gesellschaft wird sich in formelle Abhängigkeit begeben, ohne durch die tatsächlichen Verhältnisse dazu gezwungen zu sein"[63].

Präzisierend sei festgehalten, dass diese für Konzernrechtsverhältnisse sicher zutreffende Argumentationsweise nicht beliebig auf andere Fälle statutarischer Dritteinflussnahme übertragen werden kann. So sind in Einklang mit der oben angeführten Begriffsumschreibung auch statutarische Drittrechte möglich, welche insofern eine primäre Rolle spielen, als sie nicht ein bereits bestehendes Einflussrecht mittels Aufnahme in die Statuten gewissermassen legalisieren, sondern vielmehr konstitutiv wirken, d. h. erst durch die mehr oder weniger dauerhafte Verankerung in den Statuten gesellschaftsrechtliche Wirkungen entfalten[64].

---

58 vgl. auch oben S. 58; ähnlich Caflisch S. 124

59 vgl. oben S. 104 ff.

60 Caflisch S. 124

61 vgl. Frankenberg S. 33, Picenoni S. 321

62 Plüss S. 14f.; vgl. insbesondere auch Tappolet S. 105 f., zu den Gründen unten S. 121 f.

63 Plüss S. 15

64 vgl. unten III. S. 156 ff.

cc) Die vertragliche (obligatorische) Abhängigkeit

Grundsätzlich sind Vereinbarungen, die ein Abhängigkeitsverhältnis begründen, aufgrund der im Rahmen von Art. 19/20 OR garantierten Vertragsfreiheit in den verschiedensten Ausgestaltungen zulässig[65]. Allerdings ist zu bemerken, dass einerseits auch in diesem Fall oft die Subsidiarität des vertraglichen Abhängigkeitsverhältnisses betont wird[66], und dass andererseits "die Vertragsfreiheit einer Aktiengesellschaft nicht weiter reicht als ihre Freiheit in der Statutengestaltung. Umgekehrt kann aber auch festgehalten werden, dass überall dort, wo Dritten auf statutarischem Wege Rechte eingeräumt werden können, dies auch auf obligatorischer Basis möglich ist"[67], wenngleich mit gesellschaftsrechtlich unterschiedlicher Wirkung.

So gilt insbesondere auch für vertragliche Abhängigkeitsverhältnisse die unüberwindbare Hürde des zwingenden Aktienrechts, was beispielsweise bedeutet, dass keine AG die Wahl ihrer Organe oder die Festsetzung bzw. Aenderung ihrer Statuten vertraglich einem Dritten übertragen kann. Solche Abmachungen wären a priori nichtig. Allerdings betrachtet es das Bundesgericht in einem neueren Entscheid als zulässig, wenn eine AG einem Dritten, also einem Nichtaktionär, vertraglich die Stellung eines Aktionärs einräumt! Obwohl diese Vereinbarung mit dem geltenden Aktienrecht nicht in Einklang stehe, sei der unter Mitwirkung des Dritten entstandene GV-Beschluss in Anbetracht von Art. 691 Abs. 3 OR rechtsgültig zustandegekommen und deshalb nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar[68]. Die Gleichstellung von Aussenstehenden und Aktionären erweist sich als Einbruch in die zwingend festgelegte Organisationsstruktur einer AG und ist deshalb abzulehnen. Wenngleich es als durchaus denkbar erscheint, dass Dritten ein Recht auf Teilnahme an

---

65 vgl. 96 II 20

66 vgl. Plüss S. 15, Tappolet S. 114

67 Tappolet S. 116; vgl. auch Caflisch S. 133, W. von Steiger S. 295a

68 vgl. 96 II 18 ff., insbesondere S. 23 f.

einer GV, u. U. sogar mit beratender Stimme, eingeräumt wird, so ist es doch höchst fraglich, ob es einer AG freisteht, einen Dritten an den Verhandlungen und Beschlüssen der GV als Quasi-Aktionär mitwirken zu lassen[69].

Anders verhält es sich bei der Verletzung von "bloss" statutarisch begründeten Rechten: so kann sich in diesem Fall die Verwaltung im Rahmen ihrer Vertretungsmacht durch vertragliche Vereinbarungen auch ohne Zustimmung der GV jederzeit gültig verpflichten. Allerdings untersteht sie dann der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und damit der Schadenersatzpflicht gegenüber den Aktionären[70].

dd) Hinweis auf die Problematik der faktischen Abhängigkeit

"Die Abhängigkeit einer Gesellschaft braucht nicht notwendigerweise auf rechtlichen Gestaltungen zu beruhen, sondern sie kann sich aus faktischen, rechtlich nicht erfassbaren Umständen ergeben"[71]. Zu denken ist an die Weisungsbefugnis eines Kreditgebers, der zwar weder an der Gesellschaft massgebend beteiligt ist noch sonstige Rechte vertraglicher oder statutarischer Natur innehat, der aber aufgrund seiner wirtschaftlichen Machtstellung entsprechende Einflussmöglichkeiten besitzt. Bei diesem Sachverhalt handelt es sich um eine durchaus alltägliche Konstellation, die sich aber jeder rechtlichen Erfassung entzieht[72].

Aehnlich liegt die Problematik beim sog. abhängigen (fiduziarischen) Verwaltungsrat[73]: Durch die in der Konzernpraxis vielfach auftretenden

---

69 vgl. auch die Kritik von Kummer in ZbJV 108 (1972) S. 132 ff.

70 vgl. W. von Steiger S. 295a

71 Caflisch S. 139

72 vgl. Caflisch S. 140

73 vgl. dazu etwa Picenoni S. 321 ff. oder die Kontroverse zwischen Schucany und F. von Steiger in SAG 27 (1954/55) S. 33 ff., 109 ff. und 113 ff.

personellen Verflechtungen entstehen oft juristisch kaum durchschaubare Abhängigkeitsverhältnisse, die den Verwaltungsrat der abhängigen AG zum weisungsgebundenen Instrument eines Dritten machen können.

Näher kann an dieser Stelle nicht auf die mannigfaltigen Erscheinungsformen faktischer Abhängigkeit eingegangen werden. Abschliessend sei lediglich einmal mehr auf den Aufsatz Jäggis hingewiesen, der in seiner markanten Stellungnahme gegen die "unerhörte Typabweichung" im Aktienrecht darauf aufmerksam macht, dass unter dem Deckmantel der Vertragsfreiheit sogar ein Verwaltungsrat fiduziarisch im Interesse eines gesellschaftsfremden Dritten handeln könne; "unzulässig wäre es nur, in den Statuten dem Dritten das Recht einzuräumen, der Verwaltung bindende Weisungen zu erteilen"[74]. Damit kommen wir zu der uns besonders interessierenden Frage der statutarischen Drittabhängigkeit.

3. Die statutarische (organisatorische) Abhängigkeit im besonderen

a) Die Frage nach der Zulässigkeit echter statutarischer Drittrechte in Theorie und Praxis

Bevor auf mögliche Ausgestaltungen statutarischer Abhängigkeit eingegangen werden kann, soll gewissermassen als Vorfrage geprüft werden, ob Dritten überhaupt Rechte in den Statuten eingeräumt werden können.

Eigentlich wurde die Frage nach der grundsätzlichen gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit statutarischer Drittrechte bereits im allgemeinen Teil dieser Arbeit dahingehend beantwortet, dass nur das zwingende Aktienrecht eine absolut unüberwindbare Schranke gegen privatautonome Statutengestaltungen, und damit auch gegen statutarische Einflussrechte Dritter, darstellt[75].

---

74 Jäggi (SAG 31) S. 67

75 vgl. oben S. 63 ff., zusammenfassend S. 74

Hier soll nun der in der Konzernrechtsliteratur vertretene Standpunkt sowie insbesondere die keineswegs einheitliche bundesgerichtliche Stellungnahme zu dieser Frage kurz umrissen werden.

aa) Die Ansichten in der Literatur

Auszugehen ist von der Ansicht Frankenbergs[76], wonach aussenstehenden Dritten in den Statuten einer AG grundsätzlich keine Rechte eingeräumt werden können: "Als gesellschaftsrechtliche Einrichtung können die Statuten nur innerhalb der Gesellschaft Rechte übertragen"[77]. Es sei deshalb nur dann möglich, abhängigkeitsbegründende Befugnisse statutarisch auf Dritte, also z.B. auf die herrschende AG, zu übertragen, wenn diese organisatorisch in die abhängige AG integriert und somit Organ derselben sei[78].

Dem wird von der Mehrheit der schweizerischen Autoren entgegengehalten, dass schon das Gesetz die Begründung gewisser Drittrechte in den Statuten vorsieht[79]. So bedürfen beispielsweise die in Art. 628 Abs. 3 und Art. 630 Abs. 2 Ziff. 3 OR den Gründern oder anderen Personen gewährten Vorteile zu ihrer Gültigkeit der Aufnahme in die Statuten. "Damit ist die Frage, ob Dritten Rechte statutarisch zugesichert werden können, schon auf Grund des Gesetzes zu bejahen, denn was bei der Gründung möglich ist, muss auch später, auf dem Wege der Statutenänderung möglich sein"[80].

Sodann sind gewisse, bereits vom Gesetzgeber in Betracht gezogene Drittrechte allein deshalb in die Statuten aufzunehmen, weil sonst die

---

76 vgl. Frankenberg S. 106 ff.

77 Frankenberg S. 106

78 vgl. Frankenberg S. 107

79 vgl. W. von Steiger S. 294a, Maurer S. 78, Caflisch S. 124 f., neuestens Moser S. 179 f.

80 W. von Steiger S. 294a

entsprechenden gesetzlichen oder statutarischen Rechte der Aktionäre vorgehen müssten. So hat zwar jeder Aktionär ein wohlerworbenes Recht auf seinen Anteil am Reingewinn, aber nur soweit als dieser gemäss Gesetz und Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist[81]. Soll nun ein Teil des Reingewinns einem Dritten zukommen, so muss dies unbedingt in den Statuten verankert sein, ansonsten jeder Aktionär die Anfechtungsklage erheben kann[82].

bb) Die Ansichten in der Judikatur

Bezüglich der Frage der Zulässigkeit statutarischer Drittrechte hinterlässt die bundesgerichtliche Rechtsprechung einen recht zwiespältigen Eindruck.

An frühere Entscheide des deutschen Reichsgerichtes anknüpfend[83], lehnt das Bundesgericht in 67 I 262 ff., einem Entscheid aus dem Genossenschaftsrecht, jegliche statutarische Dritteinflussnahme ab: "Als grundsätzlich ausgeschlossen erscheint es jedenfalls ..., dass die Statuten einer Körperschaft die ihrem obersten Organ verliehenen Befugnisse ... einem andern Organ oder einem Dritten ... übertragen oder ihnen ein Mitwirkungs- oder Einspracherecht einräumen ..."[84]. Diese Haltung mit Argumenten aus der aktienrechtlichen Typologie und solchen des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes begründend, fährt das Bundesgericht fort: "Dadurch würde sich die Körperschaft des ihrem Wesen eigentümlichen Selbstbestimmungsrechtes begeben und sich fremder Willkür ausliefern, was einer Entmündigung gleichkäme und als ebenso unzulässig erscheint wie der Verzicht einer natürlichen Person auf ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit (Art. 27

---

81 vgl. Art. 660 Abs. 1 OR

82 vgl. W. von Steiger S. 294a, auch unten S. 128 ff.

83 vgl. RGZ 3 S. 123 ff. ("Rumänischer Eisenbahnstreit") und RGZ 82 S. 308 ff. ("Petroleumfall") sowie die Kritik bei Kronstein S. 18

84 67 I 264

ZGB)"[85]. Wenig später wird diese Rechtsprechung dahingehend bekräftigt, dass in der GV ausschliesslich von den Aktionären "über die Geschicke der Gesellschaft" entschieden werden müsse. "Auf die Willensbildung der Versammlung darf weder unmittelbar noch mittelbar durch Zwang oder Lenkung von oben eingewirkt werden"[86]. Was auch immer unter einer "Lenkung von oben" verstanden werden kann, so scheint es doch eindeutig, dass die bundesgerichtliche Praxis darauf ausgerichtet war, Abhängigkeitsverhältnisse irgendwelcher Art zu verunmöglichen.

Im aufsehenerregenden Entscheid 96 II 18 ff. ("Leitplanken-Fall") folgte dann eine viel kritisierte Kehrtwendung des Bundesgerichtes[87]. Obwohl mit dem geltenden Aktienrecht nicht vereinbar, wurde es einem Dritten vertraglich gestattet, an der GV mit den Rechten eines Aktionärs teilzunehmen. Es stehe den Aktionären frei, argumentierte das Bundesgericht, "einen Dritten an den Verhandlungen und Beschlüssen der Gesellschaft mitwirken zu lassen"[88]. Dazu sei lediglich festgehalten, dass alles was vertraglich vereinbart werden kann auch statutarisch festgelegt werden darf, was bedeutet, dass, unter Vorbehalt der praktischen Realisierbarkeit, statutarisch vorgesehene Stimmrechte Dritter an der GV nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung toleriert werden müssten!

Eine Korrektur dieser Praxis erfolgte bereits in 97 II 108 ff., einem Entscheid aus dem Vereinsrecht. So werden zwar gewisse Bindungen des Vereins, auch statutarische, zugelassen, allerdings mit der Einschränkung, dass damit nicht "irgendwelche Bindungen" gemeint seien[89]. Vielmehr müsse, und damit kehrt das Bundesgericht zu den allgemeinen

---

85 67 I 265, vgl. zu diesem Entscheid auch oben S. 97

86 72 II 284

87 vgl. etwa die Kritik Kummers in ZbJV 108 (1972) S. 132 ff., auch oben S. 114 f.

88 96 II 23

89 97 II 114

Formulierungen in 67 I 264f. zurück, das Selbstbestimmungsrecht des Vereins gewahrt bleiben[90]. Im konkreten Fall betrachtet das Bundesgericht "die Festlegung eines uneingeschränkten Vetorechtes eines Dritten gegenüber Generalversammlungsbeschlüssen in den Vereinssatzungen als Verstoss gegen die guten Sitten" und die daraus abzuleitende Nichtigkeit als "absolut und total"[91].

cc) Ergebnis

Die in der herrschenden Lehre grundsätzlich bejahte Zulässigkeit statutarischer Drittrechte bringt uns in der Beantwortung der Frage nach den einzelnen Möglichkeiten und Grenzen statutarischer Dritteinflussnahme nicht viel weiter.

Immerhin ist es den Ausführungen Frankenbergs zu verdanken[92], dass sich die Lehre in der dogmatischen Auseinandersetzung mit diesen Problemen etwas von den allgemeinen typologischen und personenrechtlichen Formulierungen lösen konnte: so wird bei der Abwägung zwischen zulässigen und unzulässigen Statutengestaltungen nicht nur auf das "Wesen" der AG abgestellt, sondern versucht, unter Berücksichtigung spezifisch aktienrechtlicher Normen die Zulässigkeit statutarischer Drittrechte zu ermitteln.

Demgegenüber stützt sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung noch häufig auf eine der Typologie bzw. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entnommene Argumentationsweise, mit der Konsequenz, dass das Bundesgericht in der Frage statutarischer Drittabhängigkeit keine klare Linie verfolgt. Für eine einheitliche Praxis wäre eine sich vermehrt auf die einzelnen aktienrechtlichen Vorschriften abstützende Rechtsprechung vorzuziehen.

---

90 97 II 114 f.

91 97 II 115

92 vgl. oben S. 117

In diesem Sinne muss sozusagen jedes abhängigkeitsbegründende statutarische Drittrecht im Einzelfall auf seine Vereinbarkeit mit dem zwingenden Aktienrecht untersucht werden. Nur auf diese Weise können die Grenzen klar gezogen und entsprechende Fallgruppen statutarischer Drittrechte gebildet werden[93]. Vorher sollen aber noch die Gründe für eine Verankerung der konzernmässigen Abhängigkeit in den Statuten einer AG skizziert werden.

b) Die Gründe für eine Verankerung der konzernmässigen Abhängigkeit in den Statuten

Auszugehen ist von der bereits erwähnten Subsidiarität der statutarischen Abhängigkeit[94], die damit begründet wird, dass die Kompetenz zur Festsetzung und Aenderung der Statuten zwingend der GV zukommt[95], weshalb in der Regel das Bestehen einer auf massgebender Beteiligung beruhenden Abhängigkeit als Voraussetzung für die Begründung einer statutarischen Abhängigkeit betrachtet wird[96]. Welches sind nun die Beweggründe für die Verankerung eines tatsächlich bereits bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses in den Statuten der beherrschten AG?

aa) "Legalisierung" des Abhängigkeitsverhältnisses

Durch die statutarische Verankerung der Konzernabhängigkeit soll eine mehr oder weniger dauerhafte, gesellschaftsrechtliche Grundlage für die Beherrschung der abhängigen AG geschaffen werden: "Zweck der

---

93 vgl. unten c)

94 vgl. oben S. 113

95 vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR, auch oben S. 109

96 vgl. Tappolet S. 105

statutarischen Vorschriften wäre demnach die Legalisierung des bereits bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses und der Leitung der Gesellschaft im Konzerninteresse"[97].

bb) "Zementierung" des Abhängigkeitsverhältnisses

Zudem soll die Leitungsmacht des Konzerns nicht durch einen Verlust der Mehrheitsbeteiligung gefährdet werden: "Zweck der statutarischen Vorschriften wäre demnach die Zementierung des Abhängigkeitsverhältnisses, sodass es auch noch bestehen bleibt, wenn die Beteiligungsquote des Konzernaktionärs nicht mehr für eine stimmenmässige Beherrschung ausreicht"[98].

c) Fallgruppen möglicher statutarischer Drittrechte unter Berücksichtigung des Konzernrechts

aa) Vorbemerkungen

Ohne sich vorerst auf konkrete Fallgruppen festzulegen, unterteilt Kronstein die Möglichkeiten statutarischer Abhängigkeit rein theoretisch in unmittelbare Einflussrechte (sog. Organschaftsrechte), in unmittelbare Gewinnbeteiligungsrechte (sog. Wertrechte) und in mittelbare Einwirkungsmöglichkeiten (sog. Reflexrechte)[99]. Um nun aber die einzelnen Fälle statutarischer Einflussnahme nach geltendem Recht beurteilen zu können, erscheint es zweckmässiger, nach dem Inhalt der Einflussmöglichkeit zu unterscheiden. Dabei folgen wir mehr oder weniger der in der Literatur allgemein üblichen Systematik[100].

---

97 Tappolet S. 105

98 Tappolet S. 105 f.

99 vgl. Kronstein S. 9 f.

100 vgl. Kronstein S. 17 ff., Frankenberg S. 103 ff., W. von Steiger S. 296a ff., Maurer S. 78 ff., Ulmschneider S. 4 f. und S. 44 ff., Caflisch S. 125 ff., Oesch S. 163 ff., Tappolet S. 106 ff.

So lassen sich im wesentlichen 4 Fallgruppen unterscheiden:

- Unmittelbare statutarische Einflussrechte auf die Bestellung und Abberufung der Organe einer AG.
- Unmittelbare statutarische Einflussrechte auf die Geschäftsführung einer AG.
- Unmittelbare statutarische Verfügungsrechte über den Reingewinn einer AG.
- Mittelbare Einwirkungsmöglichkeiten durch die statutarische Zweckbindung einer AG.

Innerhalb der einzelnen Problemkreise sollen jeweils einleitend alle theoretisch denkbaren Einflussmöglichkeiten aufgeführt[101], sodann die oben genannten Fallgruppen statutarischer Abhängigkeit rechtlich erfasst und schliesslich die spezifisch konzernrechtlichen Aspekte diskutiert werden.

bb) Unmittelbare statutarische Einflussrechte auf die Bestellung und Abberufung der Organe einer AG

Denkbar wären nebst dem Recht auf Bestellung der Organe der abhängigen Gesellschaft auch ein Bestätigungsrecht für die von anderer Seite gewählten Organe, sodann ein entsprechendes, eventuell verbindliches Vorschlagsrecht und schliesslich ein Recht, aus dem Kreis der Organe der herrschenden AG die gewünschten Kräfte für die abhängige Gesellschaft auszuwählen. Dazu käme das Recht, diese auf welche Art auch immer bestellten Organe abzuberufen[102].

Im schweizerischen Aktienrecht ist auszugehen vom Grundsatz des Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2, wonach die Wahl der Organe eine unübertragbare Befugnis der GV darstellt[103]. Schon nach dem alten OR hat sich das Bun-

---

101 vgl. dazu v.a. unten § 5 III. und § 6

102 zu diesen "rein logisch" denkbaren Abhängigkeitsfällen vgl. Kronstein S. 17

103 vgl. oben S. 108 f.

desgericht in eindeutiger Weise dazu geäussert: "Das freie Wahlrecht der Generalversammlung kann durch die Statuten nicht beschränkt werden. Die Wahl kann deshalb weder andern Organen oder dritten Personen übertragen, noch mit einem verbindlichen Vorschlagsrecht anderer Organe oder Personen verbunden werden. Gegenteilige Bestimmungen der Satzungen sind ungültig"[104]. Aus den gleichen Erwägungen sind sowohl ein Genehmigungsrecht als auch ein Abberufungsrecht Dritter abzulehnen, weil sonst das zwingende Aktienrecht ausgehöhlt bzw. das Wahlrecht der GV illusorisch würde[105].

Somit kann einzig das Gesetz selbst Einschränkungen des freien Wahl- und Abberufungsrechtes der GV vorsehen[106]. So hat beispielsweise das Bundesgericht in 66 II 43 ff. entschieden, dass gestützt auf Art. 708 Abs. 4 OR den verschiedenen Aktionärsgruppen ein verbindliches Vorschlagsrecht für die Wahl ihres Vertreters in die Verwaltung zugestanden werden müsse. Allerdings bleibe die GV nachwievor Wahlorgan, wobei sie aber an die Vorschläge der betreffenden Gruppe gebunden sei und sie diese nur aus wichtigen Gründen ablehnen könne[107]. Nach allgemeiner Auffassung wird das verbindliche Vorschlagsrecht auch auf Fälle von Art. 708 Abs. 5 OR ausgedehnt[108]. Gegen eine zu extensive Interpretation dieses Vorschlagsrechtes melden sich allerdings gewichtige Bedenken: so besteht die Gefahr, dass die zwingend festgelegte Wahlfreiheit der GV beliebig ausgehöhlt und damit zu einer Farce wird[109]. Insbesondere durch die Verbindlichkeit des Vorschlages droht die "Wahl" zu einem blossen "Registrierakt" zu werden[110].

---

104 59 II 282, bestätigt nach revOR in 66 II 50

105 vgl. W. von Steiger S. 296a, Maurer S. 78, Caflisch S. 126

106 vgl. etwa Art. 707 Abs. 3, 708 Abs. 2, 762 sowie insbesondere Art. 708 Abs. 4/5 OR

107 vgl. 66 II 51 f.

108 vgl. W. von Steiger S. 298a, Bürgi Art. 708 N. 68 in Verbindung mit N. 59 ff.; a. M. Caflisch S. 127, der sich für eine restriktive Auslegung von Abs. 4 einsetzt.

109 vgl. Caflisch S. 127

110 vgl. W. von Steiger S. 298a Anm. 186, der sich für ein unverbindliches Vorschlagsrecht ausspricht, dafür aber den Aktionärsgruppen

Andererseits dürfte wohl die ratio legis von Art. 708 Abs. 4 als auch diejenige von Abs. 5 mit der bundesgerichtlichen Auslegung im Entscheid 66 II 43 ff. übereinstimmen[111], sodass diese Norm zum Schutze einer Minderheit gewissermassen als lex specialis den in Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 verankerten Grundsatz der Wahlfreiheit der GV und damit einen Teil der organisatorischen Grundstruktur der AG zumindest partiell durchbricht[112].

Was das Konzernrecht angeht, so hat die Konzernspitze nach Gesagtem keine Möglichkeit, sich statutarisch das Recht auf Bestellung und Abberufung von Organen auszubedingen, um damit auch mit einer Stimmenminderheit die AG beherrschen zu können. Andererseits bleibt festzuhalten, dass der Konzernaktionär, der seine Mehrheitsbeteiligung dazu ausnützt, seine Vertrauensleute in die Gesellschaftsorgane zu wählen, natürlich keine Rechtsverletzung begeht, weshalb sich eine "Legalisierung" dieser tatsächlichen Verhältnisse in den Statuten erübrigt[113].

Abgesehen davon stellt sich die Frage, ob etwa das Vorschlagsrecht von Art. 708 Abs. 4 OR auf den Konzernsachverhalt überhaupt Anwendung finden kann[114]. Laut Gesetz steht das verbindliche Vorschlagsrecht nur "Gruppen von Aktionären mit verschiedener Rechtsstellung" zu. Hält man sich an die allgemein postulierte restriktive Auslegung dieses Begriffs[115] und geht man davon aus, dass es sich im Konzern nicht um rechtliche, sondern um rein tatsächliche, durch gemeinsame Interessen geprägte Aktionärsgruppen handelt, so ist die oben gestellte Frage zu verneinen[116].

---

die Möglichkeit geben will, einen entsprechenden GV-Beschluss wegen Rechtsmissbrauchs anzufechten. Zur ganzen Problematik ist festzuhalten, dass es in der Praxis viele Möglichkeiten gibt, das Wahlverfahren einer GV z. B. durch fiduziarische Einflussnahme zu steuern.

111 vgl. Bürgi Art. 708 N. 60

112 so wird in 95 II 565 die zwingende Natur von Art. 708 Abs. 4 OR ausdrücklich betont

113 vgl. Tappolet S. 106

114 vgl. Oesch S. 164

115 vgl. Bürgi Art. 708 N. 51 mit Verweisen

116 so Oesch S. 164

cc) Unmittelbare statutarische Einflussrechte auf die Geschäftsführung einer AG

Unter den unmittelbaren statutarischen Einflussrechten auf die Geschäftsführung einer AG stehen die Weisungs-, Genehmigungs- und Vetorechte Dritter im Vordergrund, m.a.W. die Frage nach der unmittelbaren Mitwirkung Aussenstehender in der Bewältigung von Gesellschaftsangelegenheiten.

Daneben sind aber auch mittelbare Dritteinwirkungen auf den laufenden Geschäftsbetrieb denkbar, wie etwa Kontrollrechte, d.h. insbesondere Einsichts- und Auskunftsrechte, dann unverbindliche Vorschlagsrechte und schliesslich gewisse Teilnahmerechte[117].

Auch bei der Beurteilung der Frage, inwieweit im schweizerischen Aktienrecht eine AG ihre Geschäftsführung an die Weisungen Dritter binden kann, steht das Gesetz mit seinen zwingenden Normen im Mittelpunkt des Interesses: so können insbesondere nur solche Befugnisse auf Dritte übertragen werden, die das Gesetz nicht a priori für unübertragbar deklariert. Es ist deshalb nicht verwunderlich, wenn das Bundesgericht ein uneingeschränktes Vetorecht eines Dritten gegenüber Generalversammlungsbeschlüssen als "absolut und total" nichtig bezeichnet[118].

Andererseits ist gemäss der Delegationsnorm von Art. 717 Abs. 2 OR die Geschäftsführungsbefugnis insofern kein Monopol der Verwaltung, als sie durchaus auch Dritten eingeräumt werden kann. "Ist es aber möglich, gewissen Drittpersonen das Recht zur Geschäftsführung zu übertragen, so ist eigentlich nicht einzusehen, wieso nicht auch die Verwaltung selbst in ihrer Geschäftsführung statutarisch an die Weisungen Dritter gebunden werden könnte"[119]. Dass es sich dabei "nicht um

---

117 vgl. unten S. 147 ff.

118 vgl. 97 II 115; m.E. zuweitgehend 67 I 264, oben S. 118 ff.

119 Caflisch S. 128, vgl. auch W. von Steiger S. 300a, sowie Tappolet S. 108, der jegliche Weisungsbefugnis Dritter mit einem "kategorischen Nein" ablehnt.

irgendwelche Bindungen" handeln kann[120], dafür sorgt das Aktienrecht selbst mit den zwingenden Vorschriften von Art. 722 und 754 OR, welche bestimmen, dass die Verwaltung die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten hat[121], ansonsten sie den Verantwortlichkeitsansprüchen der Gesellschaft, der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger ausgesetzt ist[122].

Wäre nun aber eine uneingeschränkte statutarische Einflussnahme Dritter auf die Geschäftsführung zulässig, "so müssten die Mitglieder der Verwaltung im Verantwortlichkeitsprozess für ein Verhalten einstehen, zu dem sie gemäss den Statuten verpflichtet sind"[123]. Anders ausgedrückt wäre eine statutarische Verpflichtung zu bedingungsloser Befolgung von Drittweisungen gleichzeitig auch eine Verpflichtung u. U. schädigend und damit haftpflichtbegründend zu handeln, eine Zusicherung, die zweifellos unsittlich und daher nichtig wäre[124].

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass jede Verwaltung einer AG den in Art. 722 OR zwingend postulierten Sorgfaltspflichten nachzukommen hat und deshalb jegliche vorbehaltlose statutarische oder auch vertragliche Bindung an die Instruktionen Dritter ausgeschlossen ist[125]. Hingegen sind im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften gewisse Bindungen etwa bezüglich der Verwendung von Aktiven oder der Bilanzierung durchaus zuzulassen.

Auf das Konzernrecht bezogen bedeutet dies, dass aufgrund des nur beschränkten Einflusses mittels statutarischer Drittrechte die erforderliche Leitungsmacht der herrschenden AG über die Geschäftspolitik der

---

120 vgl. 97 II 114

121 vgl. Art. 722 Abs. 1 OR

122 vgl. Art. 754 Abs. 1 OR

123 Tappolet S. 108

124 vgl. Caflisch S. 129, Picenoni S. 326 f.

125 vgl. u. a. W. von Steiger S. 300a, Caflisch S. 130, Oesch S. 165, in diese Richtung weisend auch 97 II 114 f.

abhängigen und damit der Konzerneinfluss schlechthin nicht gänzlich gewährleistet werden kann. Entsprechende Statutenbestimmungen führen deshalb lediglich zu einer Koordinierung der Gesellschaftsinteressen, aber nicht zu einem Konzern unter einheitlicher Leitung[126]. Somit kann "das Kernstück der Konzernmacht", nämlich die uneingeschränkte Einflussnahme auf die Geschäftsführung nicht statutarisch verankert werden[127].

dd) Unmittelbare statutarische Verfügungsrechte über den Reingewinn einer AG

Theoretisch sind als Möglichkeiten, über den Gewinn einer AG zugunsten Dritter verfügen zu können, 4 Fälle zu nennen[128]: Erstens kann eine AG einen gewissen Prozentsatz des Gewinns, zweitens den eine bestimmte Gewinnquote übersteigenden Betrag und drittens den gesamten Gewinn an einen Dritten abtreten. Zudem ist es auch denkbar, dass eine AG durch eine entsprechende statutarische Zweckbestimmung sich gänzlich jeden Gewinnstrebens enthält.

Im schweizerischen Aktienrecht gilt es vorerst zu differenzieren zwischen Aktiengesellschaften mit nichtwirtschaftlichem und solchen mit wirtschaftlichem Zweck[129]. Bei den letzteren, auf Gewinnmaximierung ausgerichteten Gesellschaften ist sodann zwischen Gewinnerzielung und Gewinnverwendung zu unterscheiden[130].

Bei Unternehmenskonzentrationen hat beispielsweise die abhängige AG oft den erarbeiteten Gewinn ganz oder teilweise an die herrschende AG

---

126 vgl. Oesch S. 165

127 vgl. Tappolet S. 108

128 vgl. Kronstein S. 17

129 vgl. Art. 620 Abs. 3 OR

130 vgl. W. von Steiger S. 302a, Maurer S. 80

abzutreten, um dann gleichwohl am Gesamtgewinn in irgendeiner Form beteiligt zu werden. Solche Abkommen beziehen sich auf die Art und Weise der Gewinnerzielung und präsentieren sich deshalb lediglich als "Modalitäten der Geschäftsführung"[131]. Entsprechende Bindungen sind im Rahmen der zwingenden gesetzlichen Vorschriften zulässig, wobei aber insbesondere der Endzweck jeder wirtschaftlichen AG, nämlich die Gewinnstrebigkeit, nicht verletzt werden darf[132].

Anders verhält es sich mit der Verwendung des effektiv einer AG zur Verfügung stehenden Reingewinns: in diesem Fall gilt es gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR die unübertragbare Befugnis der GV zur Beschlussfassung über die Verwendung des Reingewinns und die Festsetzung der Dividende zu berücksichtigen. Allerdings wird die Verfügungsfreiheit der GV durch Gesetz und Statuten begrenzt. Insbesondere können die Statuten die Bildung weiterer Reserven und Fonds[133] vorschreiben, sowie gemäss Art. 660 Abs. 1 OR bestimmen, inwieweit der Reingewinn überhaupt unter die Aktionäre zu verteilen ist. "Das bedeutet, dass die Statuten im Rahmen des zwingenden Rechts über die Verwendung des Reingewinns von vornherein zugunsten eines Dritten beliebige Bestimmungen aufstellen können"[134].

Zu beachten sind demnach bei Gewinnausschüttungen zugunsten Dritter nicht nur die Verankerung dieser Rechte in den Statuten, sondern, bei den einzelnen Gestaltungsmöglichkeiten, auch die Einhaltung der entsprechenden Gesetzesbestimmungen[135] sowie insbesondere der Grundsatz, wonach jeder Aktionär ein relativ wohlerworbenes, d. h. nur durch Einstimmigkeit entziehbares Recht auf einen Anteil am Reingewinn besitzt[136].

---

131 vgl. W. von Steiger S. 303a

132 vgl. Bürgi Art. 660 N. 14 ff., Caflisch S. 132

133 vgl. Art. 672/673 OR

134 Caflisch S. 131 f., vgl. auch W. von Steiger S. 303a, Tappolet S. 109

135 vgl. etwa Art. 657 OR für die Ausgabe von Genussscheinen oder Art. 628 Abs. 3 OR für die Gewährung von Gründervorteilen

136 vgl. Art. 646 Abs. 3 OR

Im Konzernrecht treten statutarische Verfügungsrechte über den Reingewinn einer AG "nur als vermögensrechtliche Ergänzung bereits bestehender Unterordnungsverhältnisse in Erscheinung. Als selbständige Konzernierungsmethode" fallen sie somit in der Regel ausser Betracht[137].

ee) Mittelbare Einwirkungsmöglichkeiten durch die statutarische Zweckbindung einer AG

Bei der Zweckbestimmung zugunsten eines Dritten handelt es sich gewissermassen um einen Spezialfall indirekter statutarischer Drittbindung.

Indem das Tätigkeitsgebiet einer AG beliebig weit oder eng umgrenzt werden kann, besteht für eine AG die Möglichkeit, sich durch eine entsprechende Umschreibung des Geschäftsbereichs fast gänzlich den Interessen eines Dritten unterzuordnen[138]. Durch diese Möglichkeit der freien Zweckgestaltung unterwirft sich die AG noch keineswegs dem unkontrollierbaren Diktat eines Dritten[139]. Denn auch hier gilt wie überall die Schranke des zwingenden Aktienrechts[140]: so müssen insbesondere die für Zweckänderungen erforderlichen Quorumsvorschriften eingehalten werden[141]. Soll zudem der Endzweck einer AG, nämlich die Gewinnstrebigkeit, aufgegeben und damit das wohlerworbene Recht des Aktionärs auf einen Anteil am Reingewinn fallengelassen werden, so ist natürlich bei den entsprechenden GV-Beschlüssen Einstimmigkeit zu verlangen. "Es steht somit nichts der Gültigkeit einer Statutenbestimmung entgegen, welche verlangt, dass die Gesellschaftstätigkeit im Interesse eines Dritten zu erfolgen hat"[142].

---

137 Oesch S. 165, vgl. auch Tappolet S. 109 f.

138 vgl. W. von Steiger S. 287a, Caflisch S. 131, Oesch S. 134, Moser S. 182 f., 70 II 67 f. Zur ganzen Problematik auch Schucany in SAG 37 (1965) S. 9 ff., Bär in ZbJV 103 (1967) S. 104, sowie oben S. 73

139 vgl. W. von Steiger S. 285a

140 vgl. 69 II 48

141 vgl. Art. 648/649 OR

142 Tappolet S. 112

Auf das Konzernrecht bezogen bedeutet dies insbesondere, dass die Geschäftsführung der abhängigen AG im Einklang mit der statutarischen Umschreibung des Gesellschaftszwecks bzw. des Geschäftsbereichs und damit im Konzerninteresse zu erfolgen hat. Dadurch kann gewissermassen auf indirekte Weise legalisiert werden, was durch direkte statutarische Einflussnahme auf die Geschäftsführung nur in engen Grenzen möglich ist[143]. Allerdings ist erneut zu betonen, dass das "aktienrechtliche Spiel stets gesetzmässig gespielt" werden muss und sich deshalb die Gesellschaftsorgane auch in diesem Fall etwa an den Sorgfaltspflichten von Art. 722 OR zu orientieren haben[144].

ff) Zusammenfassung

Abschliessend kann festgehalten werden, dass sich durch Statutenbestimmungen nur eine begrenzte Dritteinflussnahme auf das Geschehen einer AG erreichen lässt. Als unüberwindbare Schranke erweist sich das zwingende Aktienrecht, wobei insbesondere Art. 698 OR dazu führt, dass im wesentlichen nur übertragbare Geschäftsführungsbefugnisse statutarisch an unmittelbare Drittweisungen gebunden werden können. Mittelbar bietet sich die statutarische Zweckbindung als das wohl tauglichste Mittel an, um eine AG in den Dienst Dritter zu stellen, wobei aber auch in diesem Fall die gesetzlichen Spielregeln befolgt werden müssen.

In bezug auf das Konzernrecht bleibt hervorzuheben, dass durch Statutenbestimmungen allein eine konzernmässige Abhängigkeit praktisch nicht zu erreichen ist[145]. Dafür ist eine Mehrheitsbeteiligung oder zumindest eine stimmenmässige Beherrschung der abhängigen AG unerlässlich. Dagegen lässt sich das bestehende Ab-

---

143 vgl. Tappolet S. 113, auch oben S. 126 ff.

144 vgl. Caflisch S. 131, auch oben S. 127

145 vgl. Tappolet S. 113, Oesch S. 166

hängigkeitsverhältnis durch Statutenbestimmungen durchaus festigen und insbesondere "die Formulierung des Gesellschaftszwecks zugunsten des Konzerns vermag ein zentrales Problem zu lösen, nämlich die Geschäftsführung im Konzerninteresse zu legalisieren"[146].

Nachfolgend sollen nun die Möglichkeiten einer statutarischen Einflussnahme des Gemeinwesens näher untersucht werden, wobei in der Beantwortung vieler Fragen zweifellos auf das im Rahmen des Konzernrechts Gesagte verwiesen werden kann.

II. Die statutarischen Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens

1. Die Tragweite von Art. 762 OR im schweizerischen Aktienrecht

a) Der Begriff der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung[1]

In einem weiteren Sinn versteht man unter einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung jede Gesellschaft, "in der öffentliche Gemeinwesen und Private auf irgendwelche Weise und mit irgendwelchen Mitteln zur Erreichung eines wirtschaftlichen Ziels zusammenwirken"[2]. Aus dieser weitgefassten Umschreibung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung geht hevor, dass es sich ganz allgemein um eine "Verbindung von privater und öffentlicher Wirtschaftstätigkeit" handeln muss[3].

---

146 Tappolet S. 113

1 Die in der Literatur vertretenen Auffassungen zum Begriff der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung sind sehr ausführlich dargestellt bei Jüngling S. 37 ff. sowie bei Stoffel S. 29 ff., weshalb an dieser Stelle nur auf die Grundbegriffe hingewiesen werden soll.

2 Jüngling S. 51, vgl. auch Stoffel S. 34 f.

3 vgl. Stoffel S. 28

In einem engeren Sinn lässt sich die gemischtwirtschaftliche Unternehmung definieren als eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft, "bei der Privatpersonen und öffentliche Gemeinwesen gemeinsam am verantwortlichen Grundkapital beteiligt sind, und bei der sie beide auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage kraft ihrer Mitgliedschaftsrechte innerhalb der Verbandsorgane einen Einfluss auf die Unternehmungsführung ausüben"[4]. Hat keiner der Beteiligten ein kapital- bzw. stimmenmässiges Uebergewicht, herrscht m.a.W. etwa ein Gleichgewicht zwischen den beiden Interessengruppen, so kann zudem von einer echten gemischtwirtschaftlichen Unternehmung gesprochen werden[5].

Schliesslich wird eine Gesellschaft dann als "gemischtwirtschaftliche Unternehmung sui generis" bezeichnet, wenn sich zwar das Grundkapital gänzlich in privaten Händen befindet, dem Gemeinwesen aber statutarisch das Recht eingeräumt wird, seine Vertreter in den Verwaltungsrat und in die Kontrollstelle zu delegieren[6].

b) Bedeutung und Inhalt von Art. 762 OR

aa) Die Stellung von Art. 762 OR im schweizerischen Aktienrecht

Da die gemischtwirtschaftliche Unternehmung keine selbständige Gesellschaftsform bildet und deshalb auch keine eigenen Rechtsnormen kennt, ist beim häufigsten Anwendungsfall, nämlich bei der gemischtwirtschaftlichen AG, grundsätzlich auf die allgemein geltenden Normen des Aktienrechts zurückzugreifen[7].

---

4 Jüngling S. 51; vgl. auch Erb S. 13 f., Zehnder S. 36 ff., Schürmann S. 93a, Stoffel S. 35 ff.

5 vgl. Stoffel S. 42 f.

6 vgl. Jüngling S. 51, Schürmann S. 93a, Stoffel S. 43 f., vgl. auch Art. 762 Abs. 1 OR

7 vgl. Stoffel S. 68

Daneben ist allerdings auf die Sonderbestimmung von Art. 762 OR hinzuweisen, welche zwar einerseits einen Einbruch in die rein privatrechtliche Auffassung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen bedeutet[8], andererseits aber dazu beiträgt, eine gewisse Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Durch die Aufnahme dieses Artikels ins Aktienrecht wurde nämlich eine positivrechtliche Rahmenordnung für die Einflussnahme des Gemeinwesens geschaffen und dadurch versucht, die vor der Revision bestehende, praktisch uneingeschränkte Möglichkeit zu begrenzen, den öffentlichrechtlichen Körperschaften eine statutarische Sonderstellung bei Aktiengesellschaften zu gewähren[9].

bb) Der Inhalt von Art. 762 OR

Als Ermächtigungsnorm gibt Art. 762 OR den öffentlichrechtlichen Körperschaften[10] die Möglichkeit, ihre Vertreter in den Verwaltungsrat und in die Kontrollstelle zu entsenden und sie auch jederzeit wieder abzuberufen, unabhängig davon, ob sie an der betreffenden AG beteiligt sind oder nicht[11]. Verlangt wird das Vorhandensein eines "öffentlichen Interesses" sowie die Verankerung dieser Rechte in den Statuten der AG.

---

8 vgl. Schürmann S. 181a

9 zur rechtlichen Situation vor der Revision und zur Entstehungsgeschichte von Art. 762 OR vgl. Stoffel S. 69 ff. bzw. S. 73 ff., sowie für das Genossenschaftsrecht (Art. 926 OR): Gelzer B., Die statutarische Sonderstellung öffentlichrechtlicher Körperschaften in privatrechtlichen Genossenschaften auf Grund von OR Art. 926 (Diss. Basel 1954, Maschschr.), S. 9 ff.; zum Ausnahmecharakter von Art. 762 OR vgl. auch unten c)

10 Der Aufzählung in Art. 762 Abs. 1 OR kommt kein abschliessender Charakter zu: vgl. Stoffel S. 100, a. M. Zehnder S. 159

11 vgl. Art. 762 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2; das nur in Abs. 1 erwähnte Delegationsrecht wird im Fall von Abs. 2 als selbstverständlich angenommen, setzt doch jedes Abberufungsrecht auch ein Entsendungsrecht voraus: vgl. auch Stoffel S. 104

Sodann ist wesentlich, dass die von den öffentlichrechtlichen Körperschaften delegierten Mitglieder der Verwaltung und der Kontrollstelle grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten haben wie die von der GV gewählten[12]. Insbesondere kommt ihnen kein Pluralstimmrecht zu[13].

Schliesslich hat die öffentlichrechtliche Körperschaft unter Vorbehalt eines allfälligen Rückgriffsrechtes für den durch die Handlungen ihrer Vertreter entstandenen Schaden einzustehen[14].

c) Insbesondere der Ausnahmecharakter von Art. 762 OR

Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei Art. 762 OR um eine Sonderbestimmung, sozusagen um einen "Fremdkörper" im schweizerischen Aktienrecht[15].

Dies zeigt sich insbesondere darin, dass die in Art. 762 OR enthaltene Regelung von wichtigen Grundsätzen des allgemein geltenden Aktienrechts abweicht und gewissermassen eine in sich geschlossene, stark öffentlichrechtlich konzipierte Ordnung darstellt[16].

So räumt beispielsweise Art. 762 Abs. 1 OR den Körperschaften der öffentlichen Hand das Recht ein, ihre Vertreter in den Verwaltungsrat der betreffenden AG zu delegieren, dies obwohl Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR die Wahl der Verwaltung zu den unübertragbaren Befugnissen der GV zählt. Die Bestimmung von Art. 762 Abs. 1 OR setzt somit als lex specialis die sonst zwingende Norm von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR ausser Kraft.

---

12 vgl. Art. 762 Abs. 3 OR

13 vgl. 71 I 187 ff.

14 vgl. Art. 762 Abs. 4 OR

15 vgl. oben S. 134

16 vgl. Schürmann S. 184a

Gleichwohl darf natürlich nicht ausser Acht gelassen werden, dass diese Bestimmung trotz ihrer Ausnahmestellung Teil des geltenden Aktienrechts ist und dass demnach auch die gemischtwirtschaftliche AG als Organisationsform des Privatrechts nach aktienrechtlichen Grundsätzen aufgebaut und organisiert ist. Trotz des öffentlichrechtlichen Einschlags ist daher eine aktienrechtskonforme Auslegung von Art. 762 OR unerlässlich[17].

2. Die unmittelbaren Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens

a) Das Interesse des Gemeinwesens an einer möglichst weitgehenden Einflussnahme auf die AG

Bei jeder Form von Zusammenarbeit zwischen Aktiengesellschaften und öffentlichrechtlichen Körperschaften tritt fast zwangsläufig der Konflikt zwischen privaten und öffentlichen Interessen zutage. Auf der einen Seite steht das durchaus legitime Interesse des Gemeinwesens an einer möglichst weitgehenden Einflussnahme zur Sicherung des Gemeinwohls, auf der anderen Seite ist aber auch das ebenso verständliche Interesse privater Aktionäre an möglichst grossen Erträgen zu berücksichtigen. So wenig sich diese Interessen gegenseitig ausschliessen müssen, so wenig lässt sich normalerweise eine Interessenidentität erreichen. Es stellt sich deshalb ganz allgemein die Frage, wieweit die Einflussnahme des Gemeinwesens auf das Geschehen einer AG unter Wahrung ihres grundsätzlich privatrechtlichen Charakters gehen kann.

---

17 vgl. dazu vor allem unten S. 137 f.
Insbesondere das Bundesgericht setzt sich in 67 I 265 f. für eine restriktive Auslegung von Art. 762 OR ein.

aa) Die funktionelle Betrachtungsweise

Viele Gesellschaften, man denke beispielsweise an Transportunternehmen sind schon ihrer Natur nach für die Wahrnehmung öffentlicher Interessen bestimmt[18]. Ihre Geschäftstätigkeit, und damit auch der Gesellschaftszweck, orientiert sich in starkem Masse am Gemeinwohl.

Daneben kann sich das Gemeinwesen auch durch den Erwerb von Aktien oder, als aussenstehender Dritter, durch die Gewährung von Darlehen oder Bürgschaften am Geschehen der AG beteiligen. In diesen Fällen kommt der Partizipation der öffentlichrechtlichen Körperschaften fast ausschliesslich Subventionscharakter zu[19], weshalb sich eine möglichst umfassende Kontrolle des Geschäftsablaufs durch das unterstützende Gemeinwesen und damit verbunden eine gewisse Aufsicht über die Willensbildung in der AG aufdrängen[20].

bb) Die rechtliche Betrachtungsweise

Ausgangspunkt dieser Betrachtungsweise ist die ratio legis von Art. 762 OR: Geht man davon aus, dass diese Vorschrift mit dem Ziel erlassen wurde, die statutarische Sonderstellung des Gemeinwesens klar und abschliessend zu regeln, so ist diese Ausnahmebestimmung einer ausdehnenden Auslegung in dem Sinne, dass dem Gemeinwesen statutarisch beliebige Mitwirkungs- und Einspracherechte eingeräumt werden könnten, nicht fähig[21].

Auf die Entstehungsgeschichte von Art. 926 OR, der Parallelvorschrift von Art. 762 OR im Genossenschaftsrecht, verweisend, stellt das Bun-

---

18 vgl. Erb S. 8

19 vgl. Erb S. 9, Moser S. 175

20 vgl. Moser S. 178 f., Arbenz S. 353 ff.

21 vgl. 67 I 265 (mit Bezug auf Art. 926 OR, der Parallelvorschrift von Art. 762 OR im Genossenschaftsrecht)

desgericht fest, dem Vorschlag Eggers, der dem Gemeinwesen in den Statuten weitergehende Einflussrechte einräumen wollte[22], sei in den Entwürfen und bei der Beratung im Parlament keine Folge geleistet worden. "Das zwingt zum Schlusse, dass der Gesetzgeber auf dem Boden des Privatrechts dem an einer Genossenschaft (bzw. Aktiengesellschaft) interessierten Gemeinwesen keine andern oder weitergehenden Sonderrechte einräumen wollte, als er es in Art. 926 OR (bzw. Art. 762 OR) getan hat"[23]. Wieweit sich diese rigorose Ansicht des Bundesgerichtes, welche sich letztlich gegen jedes über den Wortlaut von Art. 762 OR hinausgehende statutarische Mitwirkungsrecht einer öffentlichrechtlichen Körperschaft wendet, mit der Praxis vereinbaren lässt, wird noch zu untersuchen sein[24].

b) Die Einflussmöglichkeiten aufgrund von Art. 762 OR

aa) Das Entsendungs- und Abberufungsrecht

aaa) Die Auslegung von Art. 762 Abs. 1 und 2 OR

Beim Entsendungs- und Abberufungsrecht handelt es sich um die eigentliche "Pièce de résistance" der verschiedenen Einflussmöglichkeiten von Körperschaften des öffentlichen Rechts auf das Geschehen der gemischtwirtschaftlichen AG.

Abs. 1 von Art. 762 OR räumt der öffentlichrechtlichen Körperschaft die Befugnis ein, ihre Vertreter in die Verwaltung und in die Kontrollstelle abzuordnen, "auch wenn sie nicht Aktionär ist". Aus dieser Formulierung geht hervor, dass das Delegationsrecht von Gemeinwesen, die an der betreffenden AG beteiligt sind, als Selbstverständlichkeit erach-

---

22 vgl. Egger in ZSR 41 (1922) S. 229a ff.

23 67 I 266; das Bundesgericht gibt allerdings zu, dass verschiedene Spezialgesetze die behördliche Genehmigung der Statuten bestimmter Körperschaften vorschreiben.

24 vgl. unten S. 143 ff. bzw. S. 147 ff.

tet wird. Im übrigen handelt es sich im Fall von Abs. 1 um eine von der Literatur als "gemischtwirtschaftliche AG sui generis" bezeichnete Gesellschaft[25], während das Gesetz nur bei einer Beteiligung des Gemeinwesens am Grundkapital von einer gemischtwirtschaftlichen AG spricht[26].

Das Abberufungsrecht von Abs. 2 dagegen gewährt der Gesetzgeber ausdrücklich sowohl der "gemischtwirtschaftlichen AG sui generis" als auch der "gemischtwirtschaftlichen AG im engeren Sinn"[27], womit er mögliche Zweifel an der Tragweite des Entsendungsrechtes von Abs. 1 gleich selbst zerstreut, setzt doch ein Abberufungsrecht ein Delegationsrecht notwendigerweise voraus.

Es lässt sich daher festhalten, dass trotz teilweise etwas unklaren Formulierungen das Entsendungs- und Abberufungsrecht von Art. 762 Abs. 1 und 2 OR sowohl dem kapitalmässig beteiligten als auch dem nichtbeteiligten Gemeinwesen statutarisch eingeräumt werden können und somit beide Fälle rechtlich gleichgestellt sind[28].

bbb) Zwei Beispiele aus der Praxis

Die Statuten der "Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft" sehen einerseits in Art. 11 Ziff. 3 vor, dass die Wahl und die Abberufung der durch die GV zu bestimmenden Verwaltungsratsmitglieder in die Kompetenz der Generalversammlung fallen, dies in Anwendung von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR[29]. Andererseits räumt die Swissair gemäss Art. 12 Abs. 3 ihrer Statuten "den öffentlich-rechtlichen Körperschaften in Anwendung von Art. 762 OR das Recht ein, zehn Vertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen". Das Recht der öffentlichrechtlichen Körperschaften ihre Vertreter auch wieder abzuberufen, ist in Art. 12 der Swissair-

25 vgl. oben S. 133
26 vgl. Art. 762 Abs. 2 OR
27 zur ganzen Terminologie vgl. oben S. 132 f.
28 vgl. Stoffel S. 106
29 vgl. auch Art. 12 Abs. 2 der genannten Statuten

Statuten nicht ausdrücklich erwähnt, lässt sich aber e contrario aus Art. 11 Ziff. 3 ableiten.

Auch kommt es vor, dass die Körperschaften des öffentlichen Rechts zwar auf die Verankerung eines Entsendungs- bzw. Abberufungsrechtes in den Statuten verzichten, sich aber ein verbindliches Vorschlagsrecht einräumen lassen, was letztlich zum gleichen Ergebnis führt. So steht etwa in § 12 der Statuten der "Schweizerischen Schifffahrtsgesellschaft Untersee und Rhein", dass ein Teil des Verwaltungsrates "auf verbindlichen Vorschlag der Kantonsregierungen Thurgau und Schaffhausen sowie der Stadträte Schaffhausen und Konstanz gewählt" werden müsse.

bb) Die faktische Weisungsgebundenheit der Vertreter der öffentlichrechtlichen Körperschaften

Es ist vorauszuschicken, dass diese spezifisch auf die Vertreter der öffentlichrechtlichen Körperschaften zugeschnittene Frage der faktischen Weisungsgebundenheit unterschieden werden muss vom Problem eines generellen, statutarisch verankerten Drittweisungsrechts[30].

aaa) Die enge Interpretation[31]

Auszugehen ist von Art. 762 Abs. 3 OR, der den von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitgliedern der Verwaltung und der Kontrollstelle die gleichen Rechte und Pflichten einräumt wie den von der GV gewählten. So unterstehen auch sie den gleichen Sorgfaltspflichten (Art. 722 OR) und Verantwortlichkeitsbestimmungen (Art. 754 OR) und haben sich insbesondere von den Interessen der Gesellschaft leiten zu lassen[32]. Ihre Rechtsstellung richtet sich demzufolge nach den zwin-

30 vgl. unten S. 145

31 vgl. insbesondere Caflisch S. 141 f.

32 vgl. Caflisch S. 142, auch oben S. 126 ff.

genden aktienrechtlichen Vorschriften, was bedeutet, dass für Einflussmöglichkeiten der öffentlichen Hand trotz der Sonderbestimmung von Art. 762 OR wenig Raum übrig bleibt[33]. Vor allem beinhaltet die Bezeichnung "Vertreter" in Art. 762 Abs. 1 OR keinesfalls die Verpflichtung, die Weisungen des "Vertretenen", also des Gemeinwesens, vorbehaltlos befolgen zu müssen[34].

bbb) Die weite Interpretation[35]

Ausgangspunkt dieser Interpretationsvariante bildet die Vorstellung, wonach gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften primär öffentliche Interessen wahrzunehmen haben, weshalb sich auch die Weisungsgebundenheit der in einem Beamtenverhältnis zur öffentlichrechtlichen Körperschaft stehenden Vertreter des Gemeinwesens geradezu aufdrängen soll[36].

Zudem gilt die Weisungsbefugnis der öffentlichen Hand als logische Folge ihres gesetzlich verankerten Delegationsrechtes, dessen Einräumung bei gleichzeitigem Ausschluss der Weisungsrechte verglichen wird "mit einer Zielsetzung, zu deren Realisierung das wichtigste Mittel verboten wird"[37]. Anders ausgedrückt verlangt der mit der statutarischen Festlegung des Entsendungsrechtes verfolgte Zweck der öffentlichrechtlichen Einflussnahme notwendigerweise die Möglichkeit, Weisungen erteilen zu können.

---

33 vgl. auch oben S. 137 f.

34 vgl. Caflisch S. 142

35 vgl. insbesondere Stoffel S. 229 f., S. 239 f.

36 vgl. Stoffel S. 229 f.

37 Stoffel S. 240

ccc) Zusammenfassung: Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis

Die Problematik scheint dieselbe zu sein wie schon bei der allgemeinen Gegenüberstellung von privaten und öffentlichen Interessen[38]: "Der Forderung nach Unabhängigkeit aller Verwaltungsräte seitens der AG steht das berechtigte Anliegen der öffentlichen Hand gegenüber, den von ihr entsandten Mitgliedern der Verwaltung verbindliche Weisungen zu erteilen, damit diese ihre Organtätigkeit im Sinne des Gemeinwohls, dessen Wahrnehmung ihr aufgetragen ist, ausüben"[39].

Dogmatisch ist die enge Interpretationsvariante zweifellos vorzuziehen, stellt doch die gemischtwirtschaftliche AG trotz der Ausnahmebestimmung von Art. 762 OR eine Organisationsform des Privatrechts dar, was bedeutet, dass ihre Organe, gleichgültig ob gewählt oder abgeordnet, an den gesamten Normenkatalog des Aktienrechtes gebunden sind. Dazu gehören insbesondere die Wahrung der Unabhängigkeit bei der Erfüllung der unübertragbaren Geschäftsführungsbefugnisse sowie die Einhaltung der durch Art. 722 OR vorgesehenen Sorgaltspflichten.

In der Praxis dagegen lässt es sich nicht vermeiden, dass die Vertreter der öffentlichrechtlichen Körperschaften bei ihrer Tätigkeit im Verwaltungsrat einer gemischtwirtschaftlichen AG an die Weisungen einer vorgesetzten Behörde gebunden sind. Bei dieser Art von Drittabhängigkeit handelt es sich um den rechtlich kaum erfassbaren Tatbestand des faktisch abhängigen Verwaltungsrates[40].

---

38 vgl. oben S. 136

39 Stoffel S. 227

40 vgl. auch die Hinweise oben S. 115 f.

c) Die über den Wortlaut von Art. 762 OR hinausgehenden, statutarischen Einflussmöglichkeiten[41]

aa) Statutarische Genehmigungs- und Vetorechte[42]

Zu den schwerwiegendsten Eingriffen in das Selbstbestimmungsrecht der AG zählen die statutarischen Genehmigungs- und Vetorechte Dritter[43]. Als direkte Mitwirkungsrechte beeinflussen sie unmittelbar die Willensbildung in der AG. Daraus ergibt sich nicht nur "eine gewisse Abhängigkeit von einem Dritten"[44], sondern eine sehr weitgehende, die AG sozusagen ihrer Selbständigkeit beraubende Einschränkung der Körperschaftsautonomie, weshalb diese Drittrechte als Mittel zur Ausdehnung der Macht öffentlichrechtlicher Körperschaften grundsätzlich ausser Betracht fallen[45].

So sehen einige Autoren in der Tragweite dieser Einflussrechte eine Gefahr für die privatrechtliche Unternehmensform schlechthin[46], während etwa das Bundesgericht die statutarische Festlegung eines unein-

---

41 vgl. insbesondere auch oben S. 116 ff., wo die Möglichkeiten statutarischer Dritteinflussnahme im Rahmen des Konzernrechts ausführlich behandelt wurden.

42 Unter einer Genehmigung verstehen wir die nachträgliche Zustimmung zu einem Beschluss, wobei die Zustimmung als Voraussetzung der Wirksamkeit des Beschlusses zu betrachten ist, während das Vetorecht die Befugnis enthält, durch einseitige Willenserklärung die Wirksamkeit eines zunächst rechtsgültig zustande gekommenen Beschlusses nachträglich mit Wirkung ex tunc aufzuheben: vgl. Arbenz S. 364 f.

43 vgl. Arbenz S. 364, der die Genehmigungs- und Vetorechte als die "vornehmsten Rechtsmittel" zur Machtausdehnung des Gemeinwesens bezeichnet.

44 Moser S. 179

45 vgl. insbesondere Teichmann S. 195, der betont, dass die Zustimmungsbefugnis eines Dritten "die Willensbildung in der Gesellschaft lähmen" und die Gesellschaft selbst "in eine tödliche Schwäche führen" würde. Vgl. andererseits die gesetzlichen Genehmigungsrechte nachfolgend S. 144.

46 vgl. etwa Schürmann S. 182a, Erb S. 182; dass diese Befürchtung unbegründet ist, beweist Art. 3 Abs. 3 des BG über die Banken und Sparkassen, wo für bestimmte Statutenänderungen die Genehmigung der Bankenkommission vorgesehen ist.

geschränkten Vetorechtes eines Dritten gegenüber Generalversammlungsbeschlüssen als Verstoss gegen die guten Sitten und daher für "absolut und total" nichtig betrachtet[47].

Als massgebende Schranke gegen die Zulässigkeit statutarischer Genehmigungs- und Vetorechte Dritter gilt nun allerdings ungeachtet der soeben dargelegten, dem Persönlichkeitsschutz entnommenen Argumente in erster Linie das zwingende Aktienrecht, an dem sich auch das Gemeinwesen bei jeder über Art. 762 OR hinausgehenden Einflussnahme auf die AG zu orientieren hat.

So sind Genehmigungs- und Vetorechte der öffentlichen Hand insbesondere mit den in Art. 698 OR zwingend festgelegten Kompetenzen der GV in keiner Weise zu vereinbaren, denn ihre Zulassung käme de facto einem Verzicht der GV auf die unübertragbaren Befugnisse zur Festsetzung und Aenderung der Statuten sowie zur Wahl der Organe gleich[48].

Vorbehalten bleiben allerdings gesetzliche Genehmigungsrechte, wie sie teilweise in gewisse Spezialgesetze des Bundes Einlass gefunden haben. So werden bestimmte Statuten oder Statutenänderungen einer behördlichen Genehmigung unterzogen, wie etwa gemäss Art. 15 des Eisenbahngesetzes die Statuten der Eisenbahnunternehmung, welche einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedürfen. In diesen Fällen wird es sich oft, aber nicht zwangsläufig[49], um Unternehmen handeln, die gänzlich dem öffentlichen Recht unterstellt sind.

---

47 vgl. 97 II 115, auch oben S. 120

48 vgl. andeutungsweise 97 II 114, wo das Bundesgericht darauf hinweist, dass durch die Zustimmung Dritter zu GV-Beschlüssen die gesetzlich gewährleistete Funktion der GV "praktisch zur Bedeutungslosigkeit herabgedrückt" werde.

49 vgl. Art. 3 Abs. 3 des BG über die Banken und Sparkassen

bb) Allgemeine statutarische Weisungsrechte

Im Unterschied zum Problem der faktischen Weisungsgebundenheit der Vertreter der öffentlichen Hand im Verwaltungsrat einer AG geht es hier um die Frage der Zulässigkeit einer umfassenden statutarischen Einflussnahme des Gemeinwesens auf den gesamten Geschäftsablauf einer AG.

So sehr sich einerseits vom wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet solche Weisungsrechte aufgrund des ausgeprägten Subventionscharakters der Mitwirkung des Gemeinwesens rechtfertigen lassen, ja sogar aufdrängen[50], so gewichtig sind andererseits die diesbezüglichen aktienrechtlichen Bedenken[51].

Die Einflussnahme des Gemeinwesens endet nämlich in jedem Fall an den unübertragbaren Geschäftsführungsbefugnissen, sie ist somit nur eine unvollständige, was einer begrenzten Mitentscheidung bei gewissen Gesellschaftsangelegenheiten gleichkommt, wobei sich aber auch in diesem Bereich die Verwaltung einer AG nicht vorbehaltlos verpflichten kann, sondern sich stets ihrer Sorgfaltspflichten erinnern muss. Die Weisungsgebundenheit von Aktiengesellschaften gegenüber Körperschaften des öffentlichen Rechts beschränkt sich demnach auf die Mitwirkung bei übertragbaren Geschäftsführungsbefugnissen[52].

Ein Beispiel mag das Gesagte erläutern: So steht etwa in § 23 der Statuten der "Schweizerischen Schiffahrtsgesellschaft Untersee und Rhein": "Für die Aufstellung der Bilanz und des ganzen Rechnungswesens sind die Art. 662 bis 670 OR sowie die Weisungen des Eidgenössischen Eisenbahndepartementes massgebend". Aus dieser Formulierung lässt sich sogar ableiten, dass der Weisungsbefugnis der öffentlichen Hand nur subsidiärer Charakter zukommt.

---

50 vgl. oben S. 137

51 im wesentlichen kann auf die Ausführungen im Rahmen des Konzernrechts verwiesen werden: vgl. oben S. 126 ff., S. 131 f.

52 vgl. Ulmschneider S. 52 ff. sowie die Zusammenfassung bei Moser S. 203

cc) Die Frage eines statutarisch verankerten Mehrstimmrechts des Gemeinwesens in der GV

Die Frage der Zulässigkeit eines statutarisch verankerten Mehrstimmrechts der öffentlichen Hand muss lediglich unter dem Blickwinkel der kapitalmässigen Beteiligung des Gemeinwesens an der AG geprüft werden, ist doch die Zusprechung eines Stimmrechts in der GV an Nichtmiglieder zum vornherein ausgeschlossen[53]; dies nicht nur weil ein solches Drittrecht unvereinbar mit der Körperschaftsautonomie wäre, sondern vor allem auch weil das zwingende Aktienrecht der Gewährung eines Stimmrechts an Aussenstehende entgegensteht: als gesetzlich wohlerworbenes Mitverwaltungsrecht[54] steht das Stimmrecht nur dem kapitalmässig an der AG beteiligten Aktionär zu[55]. Allerdings werden in der Lehre immer wieder Stimmen laut, welche in der Sonderstellung des Gemeinwesens die Notwendigkeit für ein erhöhtes Stimmrecht sehen wollen, dies selbst dann, wenn die öffentlichrechtliche Körperschaft nicht Mitglied der betreffenden Gesellschaft ist[56].

Auch das Bundesgericht hat in einem vielkritisierten Entscheid[57] das Stimmrecht aussenstehender Dritter in der GV einer AG de facto toleriert: zwar wird das Stimmrecht eines Dritten als grundsätzlich unvereinbar mit dem zwingenden Aktienrecht bezeichnet, doch wird gleichzeitig festgestellt, dass ein GV-Beschluss an dem ein Dritter mitgestimmt hat nur anfechtbar und nicht nichtig sei[58].

---

53 so eindeutig Moser S. 188

54 vgl. etwa Siegwart Art. 646 N. 37

55 vgl. auch den Wortlaut von Art. 646 OR

56 vgl. insbesondere aus dem Genossenschaftsrecht: Wenninger H., Das Stimmrecht des Genossenschafters nach dem revidierten schweiz. OR (Diss. Zürich 1943), S. 150

57 vgl. 96 II 23 f.

58 vgl. zu diesem Entscheid die berechtigte Kritik bei Kummer in ZbJV 108 (1972) S. 132 f. und bei Tappolet S. 118 f. sowie auch oben S. 114f. und S. 119

Was ein eventuelles Mehrstimmrecht des Gemeinwesens im Falle einer Mitgliedschaft betrifft, so ist auch hier das geltende Aktienrecht als Massstab heranzuziehen. Die Regelung über das Stimmrecht gemäss Art. 692 OR enthält vor allem auch den über den eigentlichen Wortlaut hinausgehenden, "zwingenden Grundsatz der rechtlichen Gleichbehandlung aller Mitglieder"[59]. Dieser Leitsatz erfährt allerdings durch Art. 693 OR eine wichtige gesetzliche Ausnahme: durch die Einführung von sog. verdeckten Stimmrechtsaktien[60] kann nämlich ein gleiches Stimmrecht für Aktien mit verschiedenem Nennwert erzielt werden[61]. Dies ist aber im Gegensatz zu ausländischen Regelungen die einzige vom Gesetzgeber gestattete Form der Einführung eines Pluralstimmrechts[62].

3. Die mittelbaren Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens

a) Terminologie

Aufgrund der unterschiedlichen Intensität der Eingriffe in die Gesellschaftsangelegenheiten differenzieren wir zwischen unmittelbaren und mittelbaren statutarischen Einflussmöglichkeiten Dritter im Bereich der AG[63].

Wie bereits dargelegt zählen zur ersten Kategorie insbesondere die Weisungs-, Veto- und Genehmigungsrechte Dritter, während zur zweiten Kategorie, neben der erwähnten statuta-

---

59 Bürgi Art. 692 N. 9

60 diese stehen im Gegensatz zu den unzulässigen, sog. offenen Stimmrechtsaktien, welche mit gleichem Nennwert aber verschiedenem Stimmrecht ausgestattet sind.

61 vgl. Art. 693 Abs. 1 OR sowie Bürgi Art. 693 N. 11 f.

62 vgl. Bürgi Art. 693 N. 12

63 vgl. zu dieser Unterscheidung andeutungsweise Arbenz S. 364 in Verbindung mit S. 356, Kronstein S. 9 f. sowie oben S. 126

rischen Zweckbindung einer AG[64], vor allem gewisse Kontroll- und Teilnahmerechte Dritter gehören. Diese Dritteinflussrechte sind in erster Linie dadurch gekennzeichnet, dass sie keine unmittelbare Fremdsteuerung der Willensbildung in der AG gestatten, sondern lediglich einen Ueberblick gewissermassen über das Innenleben der AG gewähren sollen. Auch sind diese Rechte nicht generell verboten, "sondern im Falle des interessierten Gemeinwesens als weniger weitgehender Eingriff in die gesellschaftlichen Verhältnisse anzusehen als die Vertretung in Verwaltung und Kontrollstelle" gemäss Art. 762 OR[65].

b) Fallgruppen mittelbarer statutarischer Einflussmöglichkeiten[66]

aa) Vorbemerkungen

Oft hat das Gemeinwesen, das eine AG beispielsweise durch Darlehen unterstützt, ein vitales Interesse daran, Einblick in den Geschäftsablauf zu erhalten oder sich wenigstens durch die Teilnahme an der GV ein Bild von den Problemen der betreffenden AG machen zu können. Das Gemeinwesen wird vor allem dann auf solche, einer statutarischen Grundlage bedürfende[67] Kontrollmöglichkeiten angewiesen sein, wenn es weder Aktionär ist noch seine Vertreter in die Verwaltung oder Kontrollstelle delegiert hat, und demnach als aussenstehender Dritter im eigentlichen Sinn der Gesellschaft gegenübersteht.

Im weitern ist darauf hinzuweisen, dass die nachfolgende Aufzählung einiger dieser Einflussrechte natürlich keinesfalls abschliessenden Charakter hat.

---

64 vgl. oben S. 130 f.

65 Moser S. 200

66 vgl. auch zusammenfassend S. 188 ff.

67 so eindeutig Moser S. 200 (vgl. auch Anm. 157); a. M. Arbenz S. 357

bb) Kontrollrechte

In der Literatur wird in diesem Zusammenhang etwa unterschieden zwischen Ueberwachungs- und Prüfungsrechten[68], sodann zwischen Einsichts-, Auskunfts- und Berichterstattungsrechten[69] und schliesslich zwischen Einsichts- und Kontrollrechten[70].

Zur Vereinfachung benutzen wir als Oberbegriff die Kontrollrechte, welche im folgenden in Einsichts- und Auskunftsrechte unterteilt werden sollen[71]. Während bei den Einsichtsrechten die Nachforschungen durch den Dritten, in unserem Fall also durch das Gemeinwesen, zu erfolgen haben, unterliegt die AG bei den Auskunftsrechten der Pflicht, Dritten Aufschluss über gewisse Gesellschaftsangelegenheiten geben zu müssen[72].

aaa) Einsichtsrechte

Das statutarische Einsichtsrecht "verleiht dem Gemeinwesen die Befugnis, jederzeit und ohne besondere Ermächtigung durch die Gesellschaftsorgane in die Geschäftsbücher, die Korrespondenz und die Sitzungs- und Versammlungsprotokolle Einsicht zu nehmen und sich daraus Abschriften und Auszüge anzufertigen"[73]. Mit dem Einsichtsrecht verbunden ist auch die Pflicht der AG, dem Gemeinwesen die gewünschten Akten vorzulegen soweit der Zweck der Aufsicht dies erfordert[74]. Damit ist be-

---

68 vgl. Ulmschneider S. 55

69 vgl. Arbenz S. 355 ff.

70 vgl. Moser S. 200 f.

71 vgl. auch die Kontrollrechte der Aktionäre gemäss Art. 696 und 697 OR, welche im wesentlichen auch in diese zwei Kategorien aufgeteilt sind.

72 vgl. Arbenz S. 361

73 Arbenz S. 358

74 vgl. Arbenz S. 358

reits angedeutet, das die Gesellschaftsorgane auch in diesen Fällen an ihre Sorgfaltspflichten, insbesondere an die Geheimhaltungspflicht, gebunden sind[75].

bbb) Auskunftsrechte

3 Arten von Auskunftsrechten sind zu unterscheiden: das Auskunftsrecht im eigentlichen Sinn, das Recht auf Berichterstattung und schliesslich die Informationspflicht.

Das Auskunftsrecht im eigentlichen Sinn verpflichtet die AG auf Anfrage des Gemeinwesens hin Aufschluss über den Geschäftsgang oder sonstige Gesellschaftsangelegenheiten zu geben[76], wobei dieses Auskunftsrecht meist in der Form einer Generalklausel in die Statuten aufgenommen wird[77].

Von grösserer praktischer Wichtigkeit ist das Recht auf Berichterstattung. Während die Auskunftserteilung nur auf Anfrage hin erfolgt, wiederholt sich die Pflicht zur Berichterstattung über zum voraus bestimmte Gegenstände in regelmässigen Zeitabständen ohne entsprechende Aufforderung[78]. Im Normalfall wird sich die Berichterstattung auf die periodische Vorlage der Jahresbilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und des Geschäftsberichtes beschränken[79].

Ein über die Prüfung dieser Unterlagen hinausgehendes Genehmigungsrecht wäre unzulässig, würden doch damit einmal mehr unübertragbare

---

75 vgl. Moser S. 200: "Diese Einschränkung drängt sich auch daher auf, weil die Einsichts- und Kontrollrechte des Gemeinwesens nur bei der Entsendung von Vertretern in Verwaltung und Kontrollstelle durch eine entsprechende Haftung abgesichert sind"; vgl. auch Art. 762 Abs. 4 OR

76 vgl. Arbenz S. 360 f.

77 Beispiele bei Arbenz S. 362

78 vgl. Arbenz S. 362

79 vgl. Arbenz S. 363; vgl. etwa auch Art. 16 des Eisenbahngesetzes

Befugnisse der GV verletzt[80]. Allerdings könnte vor der Abstimmung in der GV ohne weiteres eine Stellungnahme des Gemeinwesens eingeholt und diese den Aktionären bekanntgegeben werden[81].

Schliesslich kann auch eine Informationspflicht der Gesellschaft bezüglich gewisser Generalversammlungsbeschlüsse und besonders wichtiger Verwaltungsmassnahmen bestehen[82]. Im Gegensatz zur Berichterstattungspflicht liegt hier der Schwerpunkt weniger auf der Rechenschaftsablegung als vielmehr auf einer generellen Information des Gemeinwesens über wesentliche Gesellschaftsangelegenheiten.

cc) Teilnahmerechte

aaa) Die Frage der Zulässigkeit statutarischer Teilnahmerechte

Auszugehen ist vom Grundsatz des "nicht-öffentlichen Charakters der GV", die im wesentlichen eine Versammlung von Aktionären und nicht eine öffentliche Veranstaltung sein soll[83]. Aus diesem Grunde, aber auch infolge der engen Verknüpfung von Teilnahmerecht und Stimmrecht[84] unterscheidet Haefliger zwischen Teilnahme und blosser Anwesenheit an der GV: "Teilnahmeberechtigt sind einzig die Gesellschafter; andere Personen, die zugegen sind, sind bloss anwesend. Sie sind nur Gäste und somit nicht in der Lage, irgendein Mitverwaltungsrecht auszuüben"[85]. Die Abgrenzung ist m.E. zu absolut, jedenfalls kann ihr aus den nachfolgenden Gründen nicht zugestimmt werden.

---

80 vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR; vgl. allerdings auch die Ausnahme im BG über die Schweiz. Nationalbank Art. 25 Abs. 3: "Die Jahresrechnungen sind ... vor ihrer Abnahme durch die Generalversammlung dem Bundesrat zur Genehmigung zu unterbreiten."

81 vgl. Moser S. 201 (insbesondere Anm. 159)

82 vgl. Arbenz S. 363 f., der von einer "Notifikationspflicht" spricht

83 vgl. Haefliger S. 21

84 vgl. Haefliger S. 20

85 Haefliger S. 19

So ist vorerst ganz allgemein hervorzuheben, dass durch die Gewährung eines Teilnahmerechts an Dritte noch keine unmittelbare Willensbeeinflussung in der GV erfolgt. Im wesentlichen handelt es sich nur um die Möglichkeit, Aussenstehende über Teile des Gesellschaftslebens ins Bild zu setzen.

Im weitern müssen Teilnahmerecht und Stimmrecht nicht notwendigerweise zusammenfallen[86]. Zwar sind die Mitglieder der Verwaltung im Normalfall auch Aktionäre[87], doch gibt es Ausnahmen, wie etwa der Sonderfall von Art. 762 OR beweist: "Aufgrund ihrer Organträgerschaft nehmen die Vertreter des Gemeinwesens, auch wenn dieses nicht Mitglied ist, an der GV teil und haben dort alle Mitwirkungsrechte ausser dem Stimmrecht"[88].

Sodann sehen sowohl das Obligationenrecht als auch gewisse Spezialgesetze expressis verbis ein Teilnahmerecht Dritter an der GV vor. Ist nämlich die AG Anleihensschuldnerin, so kann gemäss Art. 1160 Abs. 2 OR der Vertreter der Gläubigergemeinschaft unter bestimmten Voraussetzungen[89] "an den Verhandlungen ihrer Organe mit beratender Stimme teilnehmen". Auch sieht beispielsweise Art. 29 Abs. 4 des Nationalbankgesetzes vor, dass die Mitglieder des Bankrates und des Direktoriums, die nicht Aktionäre sind, an der Generalversammlung mit beratender Stimme teilnehmen.

Schliesslich sprach sich auch das Bundesgericht für die Teilnahme Dritter an der GV aus[90], räumte diesen aber zuweitgehende Befugnisse ein[91].

---

86 Diese Tatsache wird auch von Haefliger S. 20 berücksichtigt.

87 vgl. Art. 707 Abs. 1 OR

88 Moser S. 199

89 vgl. Art. 1160 Abs. 1 OR

90 vgl. 96 II 23

91 vgl. dazu ausführlich oben S. 114f., S. 119 und S. 146

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der statutarischen Verankerung eines Teilnahmerechts Dritter an der GV nichts im Wege steht[92].

bbb) Mit dem Teilnahmerecht verbundene Drittbefugnisse

Mit Ausnahme des Stimmrechts können dem aussenstehenden Dritten weitere, im Rahmen seiner Teilnahme an der GV wahrzunehmende Befugnisse eingeräumt werden.

So umfasst das Teilnahmerecht in erster Linie ein Recht auf Meinungsäusserung, sodann die Befugnis Anträge zu stellen, unverbindliche Vorschläge zu machen und die Versammlung zu beraten, weiter das Recht gewisse Auskünfte zu verlangen und schliesslich die Befugnis Widerspruch gegen Beschlüsse zu erheben[93].

All diesen Mitwirkungsrechten ist gemeinsam, dass sie die AG nicht unmittelbar binden, somit unverbindlichen Charakter haben und daher auch zulässig sind. Ihre Funktion liegt nicht in der unmittelbaren Beschränkung der Willensbildung in der AG, wie dies etwa durch Genehmigungs- und Vetorechte geschieht, sondern in der Vermittlung von Anregungen, die lediglich mittelbaren Einfluss auf das Gesellschaftsleben haben können.

ccc) Teilnahmeberechtigte, Hilfspersonen und Gäste

Wegen der soeben dargelegten, mit dem Teilnahmerecht verknüpften Befugnisse, aber auch aus Gründen der praktischen Durchführbarkeit einer GV ist es unerlässlich, den Kreis der Teilnahmeberechtigten zu begrenzen.

---

92 befürwortend auch Arbenz S. 285, Ulmschneider S. 57, Teichmann S. 217, F. von Steiger S. 52

93 vgl. Teichmann S. 217, Haefliger S. 20 f.

So kommen nebst den gewissermassen ex officio an der GV teilnehmenden Aktionären, Verwaltungsräten und Mitgliedern der Kontrollstelle in erster Linie die folgenden Personenkategorien für eine Teilnahme an der GV in Betracht[94]: Delegierte des Gemeinwesens (das weder Mitglied ist noch seine Vertreter in die Verwaltung oder Kontrollstelle abgeordnet hat), Inhaber von Partizipationsscheinen[95], Gläubigervertreter und Sachverständige[96].

Von den Teilnahmeberechtigten zu unterscheiden sind die Hilfspersonen und die Gäste. Während die Hilfspersonen, wie etwa Stimmenzähler und Protokollführer, keine weitergehenden Kompetenzen haben als die Erfüllung der ihnen speziell übertragenen Aufgaben, sind die Gäste an einer GV sogar nur "geduldet". So liegt die Zulassung von Gästen, wie etwa von Journalisten oder der AG nahestehenden Personen, allein "in der Zuständigkeit des Vorsitzenden, denn sie stellt rechtlich eine reine Ordnungsmassnahme dar"[97].

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass für die Teilnahme an der GV einer AG im wesentlichen die "Beteiligten" und die "spezifisch interessierten Kreise" in Frage kommen, während die "allgemein interessierten Kreise" höchstens als Gäste zugelassen werden können[98].

---

94 die Aufzählung ist keineswegs abschliessend

95 vgl. oben S. 94 ff.

96 vgl. unten S. 164 bzw. S. 168; vgl. auch Haefliger S. 34, der weder den Partitionären noch den Gesellschaftsgläubigern noch den Sachverständigen ein Teilnahmerecht einräumen will.

97 Haefliger S. 68; In Deutschland wird durch öffentlich angeschlagene Plakate zu den Aktionärsversammlungen der grossen Publikumsgesellschaften (Bsp. VEBA) eingeladen: "Alle Aktionäre und Freunde der VEBA sind herzlich eingeladen. Eintrittskarten sind nicht erforderlich." Auch finden kaum Zulassungskontrollen statt!

98 zu dieser Terminologie vgl. oben S. 37 ff.

dd) Das Recht, die GV einzuberufen

Aufgrund der nachfolgenden Erwägungen kann auch das Einberufungsrecht zu den mittelbaren Einflussmöglichkeiten gezählt werden.

Um eine GV überhaupt durchführen zu können, muss diese in gesetz- und statutenmässiger Weise einberufen werden[99]. Durch den formellen Akt der Einberufung wird somit erst die Voraussetzung für eine ordnungsgemässe Durchführung der GV geschaffen, was bedeutet, dass jedenfalls noch keine Beschlüsse gefasst werden, welche die AG unmittelbar tangieren könnten. Beim Einberufungsrecht handelt es sich daher um eine rein formale Befugnis, die ohne Bedenken auch einem Dritten statutarisch eingeräumt werden kann[100].

Auch der Gesetzgeber gibt aussenstehenden Dritten das Recht, die GV einzuberufen, so etwa in Art. 699 Abs. 1 OR den Vertretern der Anleihensgläubiger[101].

4. Zusammenfassung

Entgegen der früheren Auffassung des Bundesgerichtes[102], aber in Einklang mit der neueren Praxis[103] sind gewisse statutarische Drittbindungen der AG zuzulassen. In bezug auf die Einflussnahme des Gemeinwesens bedeutet dies, dass auch den öffentlichrechtlichen Körperschaften statutarische Mitwirkungsrechte eingeräumt werden können.

Was allerdings die unmittelbaren Einflussrechte betrifft, so sind der Einflussnahme der öffentlichen Hand die gleichen Grenzen gesetzt wie dem Mehrheitsaktionär im Konzern[104]. Das Gemeinwesen wird

---

99 vgl. Bürgi Art. 699 N. 1

100 vgl. Teichmann S. 196

101 vgl. auch Art. 699 Abs. 4 OR

102 vgl. 67 I 262 ff. (insbesondere S. 264/266)

103 vgl. 97 II 114

104 vgl. die Zusammenfassung oben S. 131 f.

sich deshalb in erster Linie auf die mittelbaren Einflussrechte abstützen. Diese sind vor allem dann von grosser Wichtigkeit, wenn das Gemeinwesen als aussenstehender Dritter eine AG beispielsweise durch Darlehen unterstützt und somit nicht die Kontrollmöglichkeiten hat, die ihm als Mitglied oder im Falle einer Vertretung im Verwaltungsrat zustehen würden.

Wie bereits verschiedentlich angedeutet[105], kann diese "abgeschwächte Form" von statutarischen Dritteinflussrechten auch einem weiteren Personenkreis eingeräumt werden. Am Beispiel des Instituts des "Beirates" sollen nun diese Sonderfälle statutarischer Dritteinflussnahme behandelt werden.

III. Sonderfälle statutarischer Dritteinflussnahme am Beispiel des Beirates

1. Problemstellung

Die verschiedenen Varianten unmittelbarer und mittelbarer statutarischer Drittrechte im Aktienrecht wurden im Rahmen der konzernmässigen bzw. öffentlichrechtlichen Einflussnahme ausführlich erörtert.

Aus der Vielfalt sonstiger Drittinteressen seien an dieser Stelle einige Sonderfälle herausgegriffen, welche sich in unterschiedlicher Weise auf das Geschehen innerhalb der AG auswirken.

Dabei soll das vor allem in Deutschland bekannte Institut des Beirates[1] gewissermassen als Oberbegriff für die in diesem Zusammenhang zu behandelnden Möglichkeiten statutarischer Dritteinflussnahme dienen. Als die "für den Ausseneinfluss charakteristische Organisations-

---

105 vgl. zuletzt oben S. 154

1 vgl. etwa Ulmschneider S. 48 f., Teichmann S. 75, Würdinger S. 121, Möhring-Schwartz S. 159 ff., Rutenfranz S. 238 f., Wiedemann (Festschrift Schilling) S. 105 ff., Konow S. 332 f., Schneider S. 953 ff.; für die Schweiz: Gehriger S. 67 ff.

form" kann nämlich der Beirat "bei weitreichenden Kompetenzen zum Einfallstor aussergesellschaftlicher und ... auch gesellschaftswidriger Einflüsse werden"[2].

Aus seinem vielfältigen Anwendungs- und Tätigkeitsbereich, der sich von beratenden bis zu organähnlichen Funktionen erstreckt, sollen im Laufe dieses Abschnittes 3 Fallgruppen erläutert werden[3].

So deutet schon der Name "Beirat" darauf hin, dass es sich meist um ein konsultatives Gremium handeln wird, dessen Tätigkeit sich im wesentlichen auf die Beratung des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung beschränkt[4].

Es kann aber auch vorkommen, dass Gläubigerausschüsse gebildet werden, welche die Interessen der in geschäftlichen Beziehungen zur betreffenden AG stehenden Kreise, wie Lieferanten, Kunden oder Kreditgeber verteidigen und sich deshalb in den Statuten eigentliche Kontrollrechte einräumen lassen.

Schliesslich wird es auch häufig die Aufgabe eines Beirates sein, gesellschaftsinterne Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden oder tatsächliche Unklarheiten zu bereinigen. Im ersten Fall wird er die Funktion eines Schiedsgerichtes, im zweiten diejenige eines Schiedsmännerkollegiums ausüben[5].

---

2 Wiedemann (Festschrift Schilling) S. 105

3 dazu ausführlich unten 3. - 5.

4 in diesem Sinne äussert sich auch die Mehrheit der oben unter Anm. 1 genannten Autoren

5 vgl. etwa Schneider S. 955

2. Bedeutung und Funktion des Beirates im allgemeinen

a) Die Bedeutung des Beirates in Theorie und Praxis des Aktienrechts

Im Gegensatz zum deutschen Aktiengesetz[6] schweigt sich das schweizerische Aktienrecht über das Institut des Beirates aus[7]. Aber auch der deutsche Gesetzgeber steht der Bildung solcher Gremien bei Aktiengesellschaften sehr zurückhaltend gegenüber[8]. Lässt sich diese Skepsis in Deutschland dadurch begründen, dass mit dem Aufsichtsrat bereits ein gesetzlich ausführlich geregeltes Ueberwachungsorgan vorhanden ist, so müsste demgegenüber in der Schweiz der Beirat auf umso grösseres Interesse stossen, könnte er doch zumindest teilweise die Funktionen des deutschen Aufsichtsrates übernehmen. Dennoch ist es vor allem die deutsche Praxis, die sich dieses Institutes bedient, während in der Schweiz erst vereinzelte Fälle statutarisch verankerter Beiräte bekannt sind[9].

Aufgrund der verschiedenartigen Zusammensetzung und Aufgaben des Beirates konnte sich in der Praxis keine einheitliche Terminologie durchsetzen: so wird der Beirat insbesondere in Deutschland auch als Aufsichtsrat, Verwaltungsrat bzw. Verwaltungsausschuss, Landes- bzw. Regionalausschuss, Gesellschafterausschuss, Sachverständigenausschuss, Arbeitsausschuss, Aeltesten- bzw. Familienrat oder Gläubigerrat bezeichnet[10]. Dieses Begriffsdurcheinander macht deutlich, dass es sich beim Beirat nicht um eine "rechtlich einheitlich zu definierende Institution"[11], sondern vielmehr um ein der Konstruk-

---

6 vgl. § 160 Abs. 3 Ziff. 8

7 vgl. allerdings im Familienrecht Art. 395 ZGB

8 vgl. Konow S. 332

9 von den Grossgesellschaften brach der SBV das Eis: vgl. § 31 Abs. 3 und 6 der Statuten vom 10.1.78, auch unten S. 162

10 vgl. insbesondere Gehriger S. 67, auch Möhring-Schwartz S. 159, Wiedemann (Festschrift Schilling) S. 105, Schneider S. 953, Konow S. 332, Würdinger S. 121

11 Schneider S. 955

tion sowie dem Zweck und den Befugnissen nach recht unterschiedliches Gremium handelt[12]. Gerade diese "Polyvalenz" macht nun aber den Beirat als Institut zur Wahrnehmung der vielfältigsten Drittinteressen bedeutsam.

Abschliessend sei festgehalten, dass dem Beirat, insbesondere wenn er aus nicht direkt beteiligten Drittpersonen besteht, nur dann eine angemessene Stellung im Organisationsgefüge der AG zugestanden werden kann, wenn er auch statutarisch vorgesehen ist[13].

b) Die Funktionen des Beirates im Ueberblick

Die möglichen Funktionen eines Beirates sind, wie bereits angedeutet, sehr vielfältig. Nachfolgend sollen die wichtigsten systematisiert werden.

aa) Beratungsfunktion

Vielfach wird es die Aufgabe eines Sachverständigenausschusses sein, die AG organisatorisch, wirtschaftlich-finanziell sowie technisch zu beraten[14]. Zudem kann der Beirat im Konzern gewissermassen als Stabsstelle für die Koordinierung der Tätigkeiten zwischen den einzelnen Gesellschaften besorgt sein[15].

bb) Kontroll- und Entscheidungsfunktion[16]

Hier geht es in erster Linie um eine Ueberwachung der Geschäftsführung. Damit können auch Weisungs-, eventuell sogar Zustimmungs- und Genehmigungsbefugnisse verbunden wer-

12 vgl. Rutenfranz S. 238
13 vgl. Rutenfranz S. 239
14 vgl. etwa Ulmschneider S. 49, Schneider S. 953
15 vgl. Gehriger S. 69
16 vgl. Schneider S. 954

den[17]. Ob sich diese doch sehr weitreichenden Befugnisse eines gesetzlich nicht einmal erwähnten Gremiums mit dem zwingenden Aktienrecht vereinbaren lassen, bleibt zu untersuchen[18].

cc) Schlichtungsfunktion

Schliesslich kann der Beirat, wie bereits dargelegt, auch als Schiedsgericht bzw. Schiedsmännerkollegium für die Schlichtung von gesellschaftsinternen Streitigkeiten "auf rechtlichem oder tatsächlichem Gebiet" beigezogen werden[19]. In diesen Fällen wird er also mit richterlichen oder zumindest mit vermittelnden Aufgaben betraut sein.

c) Der Beirat als Organ der AG?

Die Frage, ob dem Beirat Organqualität zukommt oder nicht, ist strittig[20] und lässt sich auch an dieser Stelle nicht abschliessend beantworten.

Entscheidend ist nämlich "die funktionelle Betrachtungsweise, wonach Organ ist, wer tatsächlich und in entscheidender Weise an der Bildung des Gesellschaftswillens teilnimmt"[21].

Kommen dem Beirat innerhalb der Organisationsstruktur der AG selbständige Leitungsfunktionen zu, so ist er als zusätzliches, echtes Organ zu betrachten[22]. Dient er dagegen als blosses Diskussionsforum oder, was die Regel sein wird, als beratender Sachverständigenaus-

---

17 vgl. etwa Gehriger S. 68 f., Rutenfranz S. 238 f.

18 vgl. unten S. 170 f.

19 vgl. Schneider S. 954

20 so bezeichnet etwa Ulmschneider S. 49 den Beirat ausdrücklich als "zusätzliches, fakultatives Organ", während sich Würdinger S. 121 eindeutig gegen eine "organschaftliche Stellung" des Beirates richtet.

21 Gehriger S. 75, vgl. auch Forstmoser (Verantwortlichkeit) S. 125 f. N. 483 ff.

22 vgl. Gehriger S. 75, Konow S. 333

schuss, so kann niemals von einem Gesellschaftsorgan die Rede sein, "was allerdings über seine Bedeutung für die Gesellschaft noch nichts aussagt"[23]. Auch die ausdrückliche Bezeichnung als Organ vermag seine tatsächliche Stellung innerhalb der AG nicht zu beeinflussen. Die Frage der Organeigenschaft wird in erster Linie im Rahmen der Verantwortlichkeit des Beirates bedeutsam, wäre er doch als Gesellschaftsorgan den Haftungsbestimmungen von Art. 754 OR unterworfen[24].

3. Der Sachverständigenausschuss als Beirat mit beratenden Funktionen[25]

a) Begriffsumschreibung und Funktionen

Unter einem Sachverständigenausschuss versteht man ein konsultatives Gremium, das die Aufgabe hat, dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung Ratschläge technischer, wirtschaftlich-finanzieller und organisatorischer Art zu erteilen[26]. Damit macht sich die AG die Kenntnisse aussenstehender Drittpersonen zunutze, "die über längere Zeit hin den Geschäftsablauf beobachten, die damit das Unternehmen kennen und mit denen daher vertrauensvoll Probleme des Unternehmens in regelmässigen Zeitabständen erörtert werden können"[27].

Wesentlich ist also, dass dieser Ausschuss sich aus Drittpersonen verschiedenster Berufsrichtungen zusammensetzt, die in kontinuierlich wiederkehrenden Zusammenkünften mithelfen, die vielfältigen Probleme einer AG zu lösen. Dadurch unterscheidet sich diese Art von Beirat einerseits vom gesellschaftsinternen "Regime der Spezialisten, deren Anträgen

---

23 Konow S. 333

24 vgl. dazu unten S. 175 f.

25 davon zu unterscheiden sind die sog. Pflichtprüfer oder Büchersachverständigen gem. Art. 723 OR, die ihre Funktionen unabhängig von den Statuten aus dem Gesetz ableiten: vgl. Bürgi Art. 723 N. 1

26 vgl. oben S. 159

27 Schneider S. 953

die Verwaltung nahezu blind folgt"[28], sowie andererseits von dem ad hoc für einen spezifischen Einzelfall gebildeten und deshalb auch nicht in den Statuten verankerten Sachverständigengremium[29].

Aus dem Aufgabenkatalog des Sachverständigenausschusses ist an erster Stelle die Entscheidungsvorbereitung zu nennen. So kann der Beirat entweder in gemeinsamen Sitzungen mit der Geschäftsleitung die anstehenden Sachfragen diskutieren oder aber er kann das Resultat selbständiger Besprechungen in Form von Empfehlungen an jene weitergeben[30]. Allerdings bindet das Ergebnis solcher Beratungen die Geschäftsführung in keiner Weise. Das Anhören sachverständiger Kreise soll vielmehr dazu beitragen, die Entscheidungsfällung durch die Unternehmensspitze zu erleichtern.

Daneben kann diese Form des Beirates auch zur Pflege von Geschäftsverbindungen geschaffen werden. So handelt es sich etwa bei dem in § 31 Abs. 3 der Statuten des Schweizerischen Bankvereins vom 10.1.78 vorgesehenen "Beirat" um ein international zusammengesetztes Gremium, das aus angesehenen Persönlichkeiten jener Länder besteht, mit denen die Bank Geschäftsbeziehungen unterhält[31].

Schliesslich wurde auf die Stabsfunktionen des Beirates innerhalb der Unternehmensverbindungen bereits hingewiesen[32].

---

28 Schluep (Mitbestimmung) S. 329

29 vgl. Rutenfranz S. 239

30 vgl. Gehriger S. 68; § 21 der Statuten der Finanzierungsgesellschaft "Viking" (zit. bei Gehriger S. 72) bezeichnet es als Aufgabe des Beirates, "den Verwaltungsrat bei der Leitung der Gesellschaft durch Empfehlungen zu unterstützen".

31 so formuliert in einem Schreiben der Generaldirektion des Schweizerischen Bankvereins in Basel

32 vgl. oben S. 159

b) Die rechtliche Stellung des Sachverständigenausschusses

Auch wenn wir von einem funktionellen Organbegriff ausgehen[33], ist es fraglich, ob dem Sachverständigenausschuss in seiner Funktion als Beratungsinstanz Organqualität zukommen kann. Da er nämlich weder selbständige Leitungsfunktionen bekleidet noch in entscheidender Weise am Willensbildungsprozess teilnimmt, trifft auch ein noch so weitgefasster Organbegriff auf diese Art des Beirates nicht zu, m.a.W. der Sachverständigenausschuss nimmt mit dem ihm zugedachten Aufgabenkatalog keine echte organschaftliche Stellung ein[34].

Gleichwohl hat die Beziehung zwischen der AG und dem Sachverständigengremium nicht allein eine individualrechtliche Basis, sondern beruht vielmehr auf einem "mehrschichtigen" Verhältnis, das einerseits einen Vertrag als Grundlage hat, das aber andererseits auch eine Beteiligung Aussenstehender an gewissen körperschaftlichen Befugnissen beinhaltet[35].

Beim vertraglichen Grundverhältnis wird es sich regelmässig entweder um einen Auftrag oder um einen Beratungsvertrag handeln[36]. Da die mit diesen Vertragstypen verbundenen Rechte für die Wahrnehmung der Beratungsfunktion kaum genügen, wird zur Bewältigung der vielfältigen Aufgaben des Sachverständigenausschusses eine Zuweisung von partiellen Organbefugnissen, etwa in der Form mittelbarer Einflussrechte, nötig sein. Diese Massnahme lässt sich sowohl mit dem zwingenden Aktienrecht als auch mit dem Grundsatz eines eingegrenzten und vorhersehbaren Dritteinflusses[37] durchaus

---

33 vgl. oben S. 160

34 eindeutig Würdinger S. 121, auch Konow S. 333

35 vgl. vor allem Teichmann S. 189, auch Praël S. 34

36 vgl. statt vieler Würdinger S. 121

37 vgl. Wiedemann (Festschrift Schilling) S. 118

vereinbaren. Da es sich um körperschaftliche Befugnisse handelt, ist eine statutarische Verankerung unerlässlich[38].

c) Die Beteiligung des Sachverständigenausschusses an körperschaftlichen Befugnissen

Um Empfehlungen ausarbeiten zu können, Geschäftsbeziehungen zu pflegen und Stabsfunktionen wahrzunehmen, sind dem Sachverständigenausschuss als Beratungsinstanz der AG gewisse Minimalbefugnisse in den Statuten einzuräumen, wobei es sich durchwegs um mittelbare Einflussrechte handeln wird[39]. Im Vordergrund steht das Recht, durch die Geschäftsleitung über die wesentlichsten Gesellschaftsangelegenheiten informiert zu werden[40]. Zur Verstärkung dieses Informationsanspruches kommen auch eigentliche Kontrollrechte, wie Auskunfts- und Einsichtsrechte, in Frage. Sodann wird oft nur eine Teilnahme an Verwaltungsratssitzungen oder an der GV sowie ein damit verbundenes Rederecht Klarheit über gewisse Gesellschaftszusammenhänge bringen. Schliesslich könnte dem Beirat auch ohne weiteres die formale Befugnis zur Einberufung der GV statutarisch zugesichert werden.

Indem all diese Einflussrechte an Gesellschaftsfremde übergehen, wird der aktienrechtlich genau abgesteckte Kompetenzbereich der einzelnen Gesellschaftsorgane in keiner Weise verletzt. Allerdings sind diese im Gesamtinteresse der AG verliehenen Befugnisse klar zu trennen von den unmittelbaren Mitentscheidungsrechten, an denen der Sachverständigenausschuss als Nichtorgan niemals teilhaben kann[41].

---

38 vgl. oben S. 148, auch Teichmann S. 75

39 dazu ausführlich oben S. 147 ff.

40 vgl. Wiedemann (Festschrift Schilling) S. 119

41 vgl. dazu im Zusammenhang mit den Einflussrechten des Gläubigerausschusses unten S. 170 f.

4. Der Gläubigerausschuss als Beirat mit überwachenden Funktionen

a) Interessenlage

Von den spezifisch interessierten, mit der AG wirtschaftlich und rechtlich verbundenen Drittpersonen sind zweifellos die Gläubiger an erster Stelle zu nennen[42]. Ihr Interesse an der AG wird nicht erst aus Anlass einer Sanierung oder im Fall des Gesellschaftskonkurses aktuell, sondern besteht ganz allgemein darin, zu erfahren, "ob die ökonomische Lage der Gesellschaft sich so gestaltet hat, dass sie ihr Vertrauen verdient"[43]. Es ist deshalb verständlich, wenn die Gläubiger zur Befriedigung dieser Publizitätsinteressen gewisse Kontrollrechte verlangen.

Der Gesetzgeber ist diesem Postulat teilweise nachgekommen, indem er den Gläubigern bestimmte Ueberwachungsmöglichkeiten gewährte[44]. Dass solche Drittrechte in Anlehnung an die gesetzlichen Vorbilder sowie unter Berücksichtigung der für die PS-Inhaber vorgesehenen Befugnisse[45] auch in den Statuten einer AG verankert werden, lässt sich mit der aktienrechtlichen Ordnung durchaus vereinbaren. Somit wäre es dann die Aufgabe statutarisch vorgesehener Gläubigerausschüsse bzw. Gläubigerbeiräte[46], die Interessen von Kreditgebern, Lieferanten, Kunden oder sonstigen am wirtschaftlichen Gedeihen der AG besonders interessierten Kreisen wahrzunehmen.

Ein Blick auf das amerikanische Recht zeigt, dass diese Problematik auch andernorts diskutiert wird. So gibt es in den USA eine Lehrmeinung, die unter dem Stichwort "Client-group Participation"[47]

---

42 vgl. oben S. 45 f.

43 Weiss Einl. N. 105

44 vgl. etwa Art. 704, 1159 ff. OR, sowie unten S. 167 ff.

45 vgl. oben S. 94 ff.

46 vgl. Wiedemann (Festschrift Schilling) S. 106

47 vgl. Eisenberg S. 19 ff.; vgl. auch Schluep (Mitbestimmung) S. 353, der von "external participants" spricht

die Ansicht vertritt, aussenstehenden Gruppierungen seien gewisse Mitentscheidungsrechte in Gesellschaftsangelegenheiten einzuräumen, "giving a formal role in corporate decisionmaking to client-groups of the corporation, such as employees, suppliers and customers (including distributors, dealers and consumers), at the expense of, or even to the exclusion of the shareholders themselves"[48].

In der Schweiz sind die Ansichten über eine Beteiligung von Gesellschaftsgläubigern an körperschaftlichen Befugnissen geteilt. Ausgehend vom "Grundsatz der Nichteinmischung der Gläubiger in die Interna der Gesellschaft" müsste einerseits jeder Anspruch der Gläubiger auf Einsichts- und Auskunftsrechte abgelehnt werden[49]. Andererseits ist das schweizerische Aktienrecht in starkem Masse geprägt vom Gedanken des Gläubigerschutzes[50], der letztlich auch den Gesetzgeber dazu veranlasste, minimale Kontrollrechte zugunsten der Gläubiger aufzustellen. Soweit aber die gesetzlichen Ueberwachungsmöglichkeiten nicht ausreichen, fällt den Statuten die Aufgabe zu, solchen Drittrechten unter Einhaltung der zwingenden Aktienrechtsordnung Nachdruck zu verleihen.

b) Die rechtliche Stellung des Gläubigerausschusses

Im wesentlichen kann auf das im Zusammenhang mit dem Sachverständigenausschuss Gesagte verwiesen werden[51]. Hier zeigt sich allerdings die "Abspaltung" der Körperschaftsrechte vom vertraglichen Grundverhältnis noch viel ausgeprägter[52]: Der Gläubigerausschuss setzt sich aus

---

48 Eisenberg S. 19 f., der aber die Notwendigkeit dieser Massnahme durch sehr praxisbezogene Ueberlegungen bestreitet: vgl. S. 21 ff.

49 Bürgi Art. 704 N. 2, Schindler S. 50, Vischer/Rapp S. 65, sowie auch oben S. 97

50 vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 3 N. 31 S. 65 f.

51 vgl. oben S. 163 f.

52 vgl. auch oben S. 92 ff.

Vertretern der verschiedensten Gläubigerkategorien zusammen, die alle in spezifischen Vertragsbeziehungen zur betreffenden Gesellschaft stehen. Von dieser individualrechtlichen Stellung eines jeden Beiratsmitgliedes zu unterscheiden sind die über das einzelne Vertragsverhältnis hinausgehenden, statutarisch festgehaltenen, körperschaftlichen Befugnisse des neugebildeten Gesamtgremiums[53]. Obwohl auch hier aussenstehende Dritte an Organbefugnissen beteiligt sind, werden sie nur in den seltensten Fällen eine echte organschaftliche Stellung einnehmen. Diese Tatsache wird auch bei der Tragweite ihrer Einflussnahme auf die AG berücksichtigt werden müssen.

c) Die körperschaftlichen Befugnisse des Gläubigerausschusses im einzelnen

aa) Mittelbare Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten

Zweck von Einsichts-, Auskunfts- und Mitspracherechten der Gläubiger in Gesellschaftsangelegenheiten muss es sein, eine gewisse Kontrolle über die Geschäftsführung in der AG zu erlangen. Die Mittel, die der Gesetzgeber den Gläubigern zur Wahrnehmung dieser Ueberwachungsfunktion zur Verfügung stellt, sind allerdings beschränkt und mehrheitlich von geringer praktischer Bedeutung[54]. Trotzdem dienen sie als Ausgangspunkt und Grundlage für die Gewährung zusätzlicher statutarischer Dritteinflussrechte.

aaa) Die gesetzlichen Einfluss- und Kontrollrechte der Gesellschaftsgläubiger

Im Vordergrund steht die Bestimmung von Art. 704 OR, die "eine Ausnahme gegenüber dem Grundsatz der Nichteinmischung der Gläubi-

---

53 in diese Richtung weisend Schneider S. 957; vgl. auch Art. 1159 Abs. 3 OR

54 vgl. Bürgi Art. 704 N. 1

ger in die Interna der Gesellschaft" darstellt[55]. Allerdings handelt es sich bei dieser Vorschrift nur noch um einen "Abglanz" des ursprünglich im Parlament geforderten Publikationszwanges[56]. Vorgesehen ist nämlich nur, dass das Handelsregisteramt von Aktiengesellschaften, die ihre Gewinn- und Verlustrechnung und Bilanz nicht veröffentlichen, auf Begehren einer Person, die sich als Gläubiger der Gesellschaft ausweist, die Gewinn- und Verlustrechnung und die Bilanz in der von den Aktionären genehmigten Fassung einzufordern und zur Einsicht aufzulegen hat. Weitergehende Befugnisse, wie etwa die Einsichtnahme in den Geschäftsbericht, sind mit dieser Bestimmung nicht verknüpft[57].

Als weiteren Ausnahmefall müssen wir die Befugnisse des Vertreters einer Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen betrachten. "Im Gegensatz zur Regel, wonach die Gläubiger kein Mitspracherecht in der Geschäftsführung der AG haben"[58], werden nämlich die Vertreter der Anleihensgläubiger durch die Sonderregelung von Art. 1157 ff. OR ermächtigt, u.a. an den Verhandlungen der GV mit beratender Stimme teilzunehmen und Auskünfte zu verlangen, soweit es sich um Fragen handelt, welche die von ihnen vertretenen Interessen berühren[59]. Die Kontrollrechte gelten allerdings nur für den Fall, dass sich der Schuldner mit der Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Anleihen im Rückstande befindet[60]. Diese persönliche Einsichtnahme sowie die Teilnahme an den Verhandlungen der Organe ermöglichen es dem Vertreter, "die Zweckmässigkeit eventueller Massnahmen zur Wahrung der Gläubigerinteressen aus der Gesamtlage des Schuldnerunternehmens zu beurteilen und die Gläubigerversammlung entsprechend zu beraten"[61].

---

55 Bürgi Art. 704 N. 2, vgl. auch Funk Art. 704 N. 1

56 vgl. dazu Weiss Einl. N. 106 ff.

57 vgl. die kritischen Bemerkungen von Zimmermann in SAG 16 (1943/44) S. 229 f.

58 Brügi Art. 699 N. 16

59 vgl. insbesondere Art. 1160 OR, Bürgi Art. 699 N. 16, Strässle S. 59

60 vgl. Art. 1160 Abs. 1 OR

61 Strässle S. 60

Schliesslich sieht Art. 699 Abs. 1 OR vor, dass die GV auch von den Vertretern der Anleihensgläubiger einberufen werden kann.

Die genannten Beispiele machen die Kontrollmöglichkeiten der Gläubiger vom Vorliegen zahlreicher Voraussetzungen abhängig, mit der Folge, dass diese Bestimmungen sehr restriktiv ausgelegt werden. Sollen nun aber den Gläubigerbeiräten zusätzliche, weniger zurückhaltend zu interpretierende Kontrollrechte eingeräumt werden, so wird dies wohl in Anlehnung an die Aktionärsrechte von Art. 696/697 OR geschehen.

bbb) Statutarische Kontrollrechte des Gläubigerausschusses in Anlehnung an Art. 696/697 OR

Die in Art. 696 und 697 OR vorgesehenen Kontrollrechte der Aktionäre setzen sich im wesentlichen zusammen aus einem Recht auf Bekanntgabe der Bilanz[62], einem Recht auf Auskunfterteilung[63] sowie, unter bestimmten Voraussetzungen, einem Recht auf Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen[64]. All diese Befugnisse widerspiegeln die Pflicht der AG zu einer "minimalen Information" des Aktionärs, damit dieser "einen allgemeinen und wahren Ueberblick über die Vermögens- und Geschäftslage gewinnen kann"[65]. Diese Interessenlage unterscheidet sich nicht von derjenigen beim Gläubigerausschuss[66]. In der Praxis kann es deshalb vorkommen, dass eine AG gezwungen ist, etwa unter dem Druck ihrer Kreditgeber, ähnliche Kontrollrechte zugunsten eines Gläubigerbeirates statutarisch festzulegen. Allerdings unterliegen diese Ueberwachungsbefugnisse nicht nur allgemeinen Schranken, wie beispielsweise der Einhaltung der zwingenden aktienrechtlichen Kompetenzordnung oder der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses als Ausdruck

---

62 vgl. im einzelnen Art. 696 Abs. 1 OR

63 vgl. Art. 697 Abs. 1 OR

64 vgl. Art. 697 Abs. 2 OR

65 Bürgi Art. 696 N. 14

66 vgl. oben S. 165 f.

eines übergeordneten Gesellschaftsinteresses, sondern vor allem auch dem Grundsatz, wonach es sich bei den Kontrollrechten der Aktionäre um wohlerworbene Rechte handelt[67], die jedenfalls nicht durch weiterreichende Drittbefugnisse ausgehöhlt werden dürfen. Ein Beispiel mag dies erläutern: Gemäss Art. 697 Abs. 2 OR ist den Aktionären die Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen nur mit ausdrücklicher Ermächtigung der Generalversammlung oder durch Beschluss der Verwaltung und unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses gestattet. Aufgrund dieser Bestimmung kann den Gläubigern natürlich nicht jede beliebige Einsichtnahme in interne Akten gewährt werden[68]. Dadurch würde nicht nur zwingendes Aktienrecht verletzt, sondern auch das Risiko einer Verbreitung von Geschäftsgeheimnissen erhöht.

bb) Die Frage der Zulässigkeit unmittelbarer Einflussrechte

Insbesondere im Zusammenhang mit der Ueberwachungsfunktion des Gläubigerbeirates stellt sich die Frage, ob einem solchen Gremium in Geschäftsführungsangelegenheiten unmittelbare Genehmigungs- und Zustimmungsrechte sowie Weisungsrechte zustehen sollen. Von zahlreichen Autoren wird die Auffassung vertreten, dass entsprechende Befugnisse durchaus in den Gesellschaftsstatuten verankert werden können[69]. Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten.

Die zwingende aktienrechtliche Kompetenzordnung lässt unmittelbaren Dritteinflussrechten, wie bereits mehrfach betont, nur wenig bis gar keinen Raum. Vor allem die zwingend festgelegten Rechte und Pflichten des Verwaltungsrates, der GV und der Kontrollstelle können niemals an einen Beirat übertragen werden[70]. Deshalb wären beispielsweise Sta-

---

67 vgl. Art. 697 Abs. 4 OR

68 vgl. Bürgi Art. 704 N. 9

69 vgl. etwa Gehriger S. 69, Rutenfranz S. 239, Schneider S. 954, Wiedemann (Festschrift Schilling) S. 119; a. M. Möhring-Schwartz S. 159 f., Konow S. 333, Würdinger S. 121

70 vgl. Konow S. 333, Rutenfranz S. 239

tutenbestimmungen nichtig, die den Verwaltungsrat in seinen Entscheidungen an die Zustimmung des Gläubigerausschusses binden würden[71].

Auch dem Gläubigerbeirat bleiben daher vorwiegend beratende Funktionen sowie, bezüglich seiner überwachenden Tätigkeit, die Möglichkeit mittelbarer Kontrollbefugnisse[72]. Jedenfalls lässt sich diese Art des Beirates funktionell und rechtlich weder mit dem deutschen Aufsichtsrat vergleichen noch kann eine Parallele zu den unmittelbaren Mitwirkungsrechten des "Beirates" gemäss Art. 395 ZGB gezogen werden.

5. Schiedsgericht bzw. Schiedsmännerkollegium als Beirat mit richterlichen Funktionen

Ist es Aufgabe des Beirates, Streitigkeiten zwischen einzelnen Aktionären und der Gesellschaft oder ihren Organen über rechtliche oder tatsächliche Fragen zu entscheiden oder sonstige Unklarheiten zu bereinigen, so hat er entweder schiedsrichterliche Funktion (statutarisches Schiedsgericht) oder die Funktion eines Schiedsmännerkollegiums[73].

a) Das statutarische Schiedsgericht

aa) Begriff und Bedeutung

Schiedsgerichte sind ausserstaatliche, von den Parteien eingesetzte Privatgerichte. Sie urteilen anstelle des staatlichen Richters, aber mit des-

---

71 vgl. Würdinger S. 121, Konow S. 333

72 weiter einschränkend Konow S. 333, der zusammenfassend betont, "dass einem bei einer Aktiengesellschaft gebildeten Beirat ohne Möglichkeit einer Ausnahme keine geschäftsleitenden oder geschäftsüberwachenden Tätigkeiten übertragen werden können".

73 vgl. Schneider S. 955; als Einzelperson wird der Schiedsmann auch als Vermittler, Schlichter oder Schiedsgutachter bezeichnet: zur Terminologie vgl. Peyer S. 87.

sen Autorität. Indem sie die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte ausschliessen, können die Parteien den Verfahrensgang weitgehend frei gestalten[74]. Allerdings können Schiedsgerichte nur eingesetzt werden, wenn keine öffentlichen Interessen tangiert werden, und wenn keine Gesetzesbestimmung eine Entscheidung durch den staatlichen Richter verlangt[75].

Gründe für die Einsetzung von Schiedsgerichten gibt es viele: So können die Parteien Leute ihres Vertrauens als Richter einsetzen, die aufgrund besonderer Sachkunde für eine prompte Erledigung des Prozesses besorgt sind. Zudem erlaubt es der "intime Rahmen" des Schiedsgerichtes, die Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlung zu umgehen[76]. Gerade das zuletzt genannte Motiv veranlasst viele Grossgesellschaften, Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit in ihre Statuten aufzunehmen[77]. Diese Vorschriften haben regelmässig den Charakter von Schiedsklauseln[78], die "in der Meinung aufgestellt werden, dass Streitigkeiten zwischen einer juristischen Person und Mitgliedern oder zwischen Mitgliedern unter sich als Interna zu behandeln seien"[79].

bb) Funktionen

Das Schiedsgericht setzt sich in der Regel aus drei Personen zusammen, wobei jede der streitenden Parteien einen Schiedsrichter bezeichnet und diese zusammen einen Obmann wählen. Wie den meisten statu-

---

74 zum Begriff des Schiedsgerichtes vgl. Kummer S. 279, Guldener S. 594ff.

75 vgl. Kummer S. 279

76 für weitere Gründe vgl. Kummer S. 280, Guldener S. 603

77 vgl. insbesondere: SKA-Statuten vom 18. 3. 75 § 41, SBG-Statuten vom 6. 3. 70 § 32, Statuten der Schweiz. Rückversicherungs-Gesellschaft vom 24. 11. 72 § 33, Statuten der Oerlikon-Bührle Holding AG vom 22. 6. 73 Art. 33. Subsidiär sehen ein Schiedsgericht vor: SBV-Statuten vom 10. 1. 78 § 44, Statuten der "Winterthur" Schweiz. Versicherungs-Gesellschaft vom 10. 6. 75 § 22 Abs. 2

78 Guldener S. 602 Anm. 39, Peyer S. 89

79 Guldener S. 603

tarischen Schiedsklauseln zu entnehmen ist, entscheidet das Schiedsgericht in Rechtsstreitigkeiten über Gesellschaftsangelegenheiten endgültig, dies einschliesslich aller Vor- und Zwischenfragen und unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges.

In einigen Gesellschaftsstatuten wird darauf hingewiesen, dass die Mitglieder des Schiedsgerichtes über alle mit dem Rechtsstreit zusammenhängenden "Angelegenheiten" Verschwiegenheit zu wahren hätten[80]. Diese Schweigepflicht macht deutlich, dass mit der Wahrnehmung richterlicher Funktionen auch gewisse Kontrollrechte verbunden sind. So wird die AG den Schiedsrichtern weitgehende Einsichts- und Auskunftsrechte zugestehen müssen und insbesondere auch verpflichtet sein, den Unparteiischen Informationen über innergesellschaftliche Zusammenhänge zu liefern.

Von besonderer Wichtigkeit kann das Schiedsgericht für die Zweimannaktiengesellschaft sein[81]. Insbesondere bei paritätischen Zweimannaktiengesellschaften können Pattsituationen entstehen, die nur gelöst werden durch "die Einsetzung eines unparteiischen Dritten, der zwischen den feindlichen Brüdern vermittelt und, wenn diese Vermittlung fehlschlägt, entscheidet, um das Unternehmen wieder in Fahrt zu bringen"[82]. Diese mehr schlichtende Funktion des Schiedsrichters führt uns zum Aufgabenkreis des Schiedsmannes.

b) Das Schiedsmännerkollegium

aa) Begriff

Das Schiedsmännerkollegium ist ein aus aussenstehenden Dritten[83] zusammengesetzter Beirat, der nicht einen Rechtsstreit entscheidet, son-

---

80 vgl. SBG-Statuten vom 6.3.70 § 32 Abs. 2, SKA-Statuten vom 18.3.75 § 41 Abs. 2

81 vgl. Peyer S. 88 f., von Greyerz S. 66

82 von Greyerz S. 66

83 genannt Schiedsmann, Schlichter, Vermittler oder Schiedsgutachter: vgl. oben S. 171 Anm. 73

dern beauftragt ist, einzelne rechtserhebliche Sachfragen zu klären. Der wesentliche Unterschied zum Schiedsgericht besteht also darin, dass das Schiedsmännerkollegium über Tatsachen und nicht über Rechte und Rechtsverhältnisse zu entscheiden hat[84]. Im Mittelpunkt seiner Tätigkeit stehen deshalb weniger unmittelbar richterliche, als vielmehr vermittelnde und beratende Aufgaben.

bb) Funktionen

Die Funktion des Schiedsmännerkollegiums besteht in erster Linie darin, tatsächliche Unklarheiten zu bereinigen und eine Einigung zwischen den zerstrittenen Parteien herbeizuführen. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, d.h. um sachkundig beraten und erfolgreich vermitteln zu können, ist der Schiedsmann, ähnlich wie der Sachverständige[85], darauf angewiesen, die nötigen Informationen über die Gesellschaftsinterna zu erhalten. Dies wiederum bedingt, dass er an gewissen Organbefugnissen beteiligt ist.

Vor allem bei der paritätischen Zweimannaktiengesellschaft kann das Beharren der beiden Aktionäre auf ihren Standpunkten zu einer völligen Blockierung und damit zu einer Funktionsunfähigkeit der AG schlechthin führen. Unter diesen Umständen kann es sogar vorkommen, dass das Schiedsmännerkollegium eine echte Organstellung einnimmt und die Aufgabe hat, anstelle der ordentlichen Organe der Zweimann-AG verbindliche Beschlüsse zu fassen[86].

Schliesslich kommt bei Grossgesellschaften als weitere statutarische Massnahme "die Einsetzung eines mehrgliedrigen, aus unabhängigen Sachverständigen (Juristen, Parlamentariern) zusammengesetzten Bei-

---

84 vgl. Kummer S. 280, Guldener S. 597

85 vgl. oben S. 164

86 vgl. Peyer S. 87 f., Glattfelder in ZSR 78 (1959) S. 191a

rates in Betracht, der über Einsprachen, die gegen Anordnungen des Vorsitzenden erhoben werden (z. B. wegen eines Wortentzugs), sogleich und endgültig entscheidet, als eine Art privates Verwaltungs-Schnellgericht"[87].

Dieser letzte Sonderfall eines statutarischen Drittrechts macht deutlich, wie vielfältig die Aufgaben aussenstehender Dritter im Bereich der AG sein können.

c) Exkurs: Die Verantwortlichkeit des schiedsrichterlichen Beirates (im Vergleich zu den anderen Beiratsformen)

Wie bereits dargelegt[88], müssen wir im Verantwortlichkeitsrecht von einem materiellen, funktionellen Organbegriff ausgehen[89]. Das bedeutet, dass im Aktienrecht all jene Personen den Verantwortlichkeitsbestimmungen von Art. 754 ff. OR unterstellt sind, die "in massgebender Weise an der Willensbildung der AG teilnehmen und korporative Aufgaben selbständig ausüben"[90].

Diese Definition trifft in ganz besonderem Masse auf die mit schiedsrichterlichen Funktionen betrauten Drittpersonen zu, treffen doch diese selbständige Entscheidungen mit verbindlicher Wirkung und erfüllen damit für die AG wesentliche, für die Zweimann-AG u. U. sogar lebenswichtige Aufgaben[91]. In dieser Eigenschaft sind sie gewissermassen "in die Gesellschaftsorganisation eingebaut"[92].

Demgegenüber sind die in Sachverständigen- bzw. Gläubigerausschüssen zusammengefassten Personen nicht mit unmittelbaren Entscheidungskompetenzen betraut. Ihre Funktion beschränkt sich auf Beratungs- bzw.

---

87 Jäggi (Festschrift Hug) S. 344

88 vgl. oben S. 160f.

89 vgl. Forstmoser (Verantwortlichkeit) S. 126 N. 484

90 Forstmoser/Meier-Hayoz § 25 N. 2 S. 184, vgl. auch oben S. 160f.

91 vgl. von Greyerz S. 66

92 Schneider S. 955

mittelbare Kontrollbefugnisse, womit sie auch einem extensiv ausgelegten Organbegriff nicht unterstehen. Demzufolge haftet beispielsweise ein aussenstehender Berater der AG nicht nach den strengen Verantwortlichkeitsbestimmungen von Art. 754 ff. OR, sondern nach allgemeinen Haftungsgrundsätzen und somit "schlimmstenfalls für mangelhaften Ratschlag"[93].

93 von Greyerz S. 65

§ 6 ZUSAMMENFASSENDE SYSTEMATISIERUNG DER STATUTARISCHEN DRITTRECHTE IM AKTIENRECHT

I. Vielfalt der Drittinteressen im Aktienrecht

Die heutige Aktiengesellschaft präsentiert sich als "pluralistisches Gebilde"[1] von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung, das eine Vielfalt von Drittinteressen tangiert[2]. Demnach verkörpert jede AG gewissermassen ein soziales System, eine Institution, "die neben den Aktionären und der Verwaltung die Arbeitnehmer, die Kunden, die Lieferanten, den Fiskus und die Allgemeinheit überhaupt" umfasst[3]. Die AG kann daher nicht mehr ausschliesslich im Interesse der Aktionäre, sondern muss auch zum Wohle Dritter geführt werden.

Im Rahmen dieser Arbeit wurden die statutarischen Einflussmöglichkeiten sowohl des Staates[4] als auch weiterer Drittinteressierter[5] ausführlich erörtert. Im Sinne einer Abgrenzung vom bisher behandelten Bereich statutarischer Dritteinflussnahme soll nun zu einer eventuellen statutarischen Verankerung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer einerseits und der Interessen einer breiten Oeffentlichkeit andererseits kurz Stellung bezogen werden.

1. Abgrenzung zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, verstanden als eine "Teilnahme am Prozess der Willensbildung des Unternehmens auch bezüglich der

---

1 Schluep (Mitbestimmung) S. 328

2 vgl. oben S. 45 f.

3 Schluep (Mitbestimmung) S. 331

4 vgl. oben S. 132 ff.

5 vgl. oben S. 156 ff.

unternehmenspolitischen Ziele"[6], lässt sich auf statutarischer Basis nicht realisieren. In der Praxis wird sich nämlich normalerweise kaum eine Aktionärsmehrheit finden lassen, die sich für die Mitwirkung der Arbeitnehmer auf Unternehmensstufe vorbehaltlos einsetzt. Aber selbst bei einer entsprechenden Mehrheit würde das geltende Aktienrecht mit seinen zwingenden Organisationsnormen[7] einer solch umfassenden, auf unmittelbarer Partizipation an der Unternehmensführung basierenden Mitbestimmungsregelung entgegenstehen[8]. Will man aber die Mitwirkung der Arbeitnehmer in der AG nicht auf eine Mitbestimmung am Arbeitsplatz oder auf eine Beteiligung durch Mitarbeiteraktien beschränken, so bleibt nur "der Weg einer institutionell eingeräumten Mitbestimmung"[9]. Diese würde aber einer verfassungsrechtlichen bzw. gesetzlichen Grundlage bedürfen. Somit käme es letztlich zu einer Trennung von Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht mit dem Ziel, das Unternehmen zu verselbständigen, d. h. aus dem gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang zu lösen[10]. So gesehen wären die Statuten als Institut des Gesellschaftsrechts selbst für Konkretisierungen gesetzlich festgelegter Mitbestimmungsnormen nicht geeignet.

Dagegen wird als statutarische Massnahme auf dem Gebiet der Partizipation der Mitarbeiter am Gesellschaftsleben die Ausscheidung eines festen Gewinnanteils zugunsten der Arbeitnehmer im Rahmen von Art. 660 Abs. 1 OR verschiedentlich praktiziert[11]. Diese Form der Mitarbeiter-Gewinnbeteiligung gehört zu den wenigen Möglichkeiten unmittel-

---

6 Pedrazzini S. 130, ähnlich W. Stauffacher, Mitbestimmung im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1974), S. 22

7 vgl. Art. 707, 698 Abs. 2 Ziff. 2, 705 Abs. 1, 708 Abs. 1 OR

8 vgl. Schluep (Mitbestimmung) S. 352 Anm. 151, auch Wiethölter S. 31, der von einem "Einbruch in das Organisationsschema der AG" spricht.

9 Pedrazzini S. 130

10 vgl. Schluep (Mitbestimmung) S. 341, Pedrazzini S. 134, a. M. Wiethölter S. 31

11 vgl. etwa die Statuten der Hoffmann-La Roche vom 16. 6. 71 § 30 Abs. 4

barer statutarischer Drittrechte im Aktienrecht[12] und verdient deshalb an dieser Stelle besondere Erwähnung.

2. Abgrenzung zu den Interessen der Allgemeinheit überhaupt

Wenngleich das Privatrecht, und somit auch das Aktienrecht, "nicht einfach unbeschränkter Tummelplatz der Beteiligten, sondern ebensosehr Massnahme zur Verwirklichung des Gemeinwohls ist"[13], wird die Allgemeinheit aus den Statuten einer AG keine Rechte ableiten können.

Zwar sehen beispielsweise die Statuten der Swissair vor, dass die Gesellschaft ihren Zweck "unter Wahrung der allgemeinen Interessen des Landes"[14] zu verfolgen hat, doch lassen sich aus solchen allgemeinen Formulierungen keine durchsetzbaren Drittrechte ableiten.

Sodann werden die normalerweise von Fall zu Fall gewährten Drittbefugnisse, wie die Zulassung von Gästen oder Pressevertretern zu Generalversammlungen, auf reinen Ordnungsmassnahmen der Verwaltung beruhen und deshalb gar nicht in den Statuten verankert sein[15].

Schliesslich können auch die durch das Stichwort "vermehrte Transparenz" geweckten Publizitätsinteressen einer breiteren Oeffentlichkeit nicht durch statutarische Garantien, sondern lediglich durch eine intensivierte Oeffentlichkeitsarbeit seitens der Unternehmensführung befriedigt werden[16].

---

12 vgl. oben S. 128 ff.

13 Schluep (Mitbestimmung) S. 326

14 vgl. Art. 1 Abs. 2 der Swissair-Statuten (Ausgabe 1977)

15 vgl. das "VEBA-Beispiel" oben S. 154 Anm. 97

16 zu den Publizitätsinteressen der Allgemeinheit vgl. Brunner S. 58 ff., zur schweiz. Praxis derselbe S. 68 ff.

II. Voraussetzungen für die Verankerung statutarischer Drittrechte im Aktienrecht

"Da die Statuten das Eigengesetz der Gesellschaft darstellen, ist es selbstverständlich, dass sie nur von der Gesamtheit der Mitglieder, welche in einer Generalversammlung vertreten sind, aufgestellt, verändert oder ergänzt werden können"[1]. Diesem Grundsatz entspricht Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1, der die Kompetenz zur Festsetzung und Aenderung der Statuten zwingend der Generalversammlung zuschreibt. Soweit Gesetz oder Statuten es nicht anders bestimmen, kann deshalb die Einführung aller aktienrechtlich zulässigen statutarischen Drittrechte nach richtiger Ankündigung in der Traktandenliste in jeder GV mit dem absoluten Mehr der vertretenen Aktienstimmen beschlossen werden[2]. Allerdings sind die äusseren Umstände, die zu der für die Statutenänderung erforderlichen Mehrheit führen, unterschiedlicher Natur.

1. Statutarische Drittrechte aufgrund klarer Mehrheitsverhältnisse im Konzern

Die Begründung statutarischer Drittrechte setzt in vielen Fällen das Bestehen einer Abhängigkeit durch massgebende Beteiligung voraus[3]. So ist es beispielsweise für das herrschende Unternehmen im Konzern eine Leichtigkeit, sich aufgrund der klaren Mehrheitsverhältnisse weitgehende Befugnisse in den Statuten des abhängigen Unternehmens einräumen zu lassen. Allerdings muss immer berücksichtigt werden, dass die Tochtergesellschaft als rechtlich selbständige Aktiengesellschaft weiterbesteht, und sich deshalb die Muttergesellschaft bei der Ausgestaltung ihrer Einflussrechte stets an die zwingende aktienrechtliche Kompetenzordnung zu halten hat[4].

---

1 Bürgi Art. 698 N. 30

2 vgl. Art. 703 OR, Forstmoser/Meier-Hayoz § 13 N. 2 S. 131, F. von Steiger S. 58

3 vgl. Tappolet S. 105, oben S. 121

4 vgl. insbesondere oben S. 126 ff.

2. Statutarische Einflussrechte des Gemeinwesens ausgehend von der Ausnahmebestimmung von Art. 762 OR

Wie wir gesehen haben, ist die Vorschrift von Art. 762 OR Ausgangspunkt für die verschiedenen Möglichkeiten einer statutarischen Einflussnahme des Gemeinwesens auf das Geschehen innerhalb einer AG[5]. Gemäss dieser Bestimmung kann nämlich der öffentlichen Hand, auch wenn sie selbst nicht Aktionärin ist, in den Gesellschaftsstatuten das Recht eingeräumt werden, ihre Vertreter in den Verwaltungsrat und in die Kontrollstelle abzuordnen bzw. wieder abzuberufen.

So herabgemindert im Falle der gemischtwirtschaftlichen AG die Entscheidungsfreiheit der privaten Aktionäre auch sein mag, diese wie auch andere im Zusammenhang mit der öffentlichrechtlichen Einflussnahme aufgestellten Statutenbestimmungen erwachsen erst dann in Rechtskraft, wenn sie von der Mehrheit in der Generalversammlung genehmigt sind.

3. Die Einräumung statutarischer Drittwerte aus unternehmenspolitischen Gründen

Abgesehen von der konzernrechtlichen bzw. öffentlichrechtlichen Einflussnahme auf die AG kommt es auch vor, dass eine Gesellschaft in die Lage versetzt wird, einem aus aussenstehenden Dritten zusammengesetzten Beirat statutarische Befugnisse gewähren zu müssen. Diese Massnahme kann einerseits im ausschliesslichen Interesse der AG selbst erfolgen, wobei dann in erster Linie an die gesellschaftsdienlichen Aufgaben eines Sachverständigenausschusses[6] oder eines Schiedsgerichtes[7] zu denken ist. Andererseits ist es aber auch möglich, dass sich die AG aufgrund des Geschäftsganges gezwungen sieht, dem Druck der Gläubiger

---

5 vgl. oben S. 132 ff.

6 vgl. oben S. 161 ff.

7 vgl. oben S. 171 ff.

weichen und diesen gewisse körperschaftliche Befugnisse in den Statuten einräumen zu müssen[8]. In diesen Fällen wird es die Aufgabe der die entsprechenden Statutenergänzungen vorbereitenden Organe sein, die GV von der Notwendigkeit solcher Bestimmungen zu überzeugen, damit die erforderliche Mehrheit zustandekommt.

III. Wirkungen statutarischer Drittrechte im Aktienrecht

1. Die Zweiteilung in echte und unechte Statutenbestandteile[1]

Die Unterscheidung zwischen echten und unechten, materiellen und formellen, körperschaftsrechtlichen und individualrechtlichen Statutenbestimmungen[2] ist nicht immer einfach[3]. Wenngleich eine Vermutung für den echten Statutencharakter einer Bestimmung spricht[4], kann doch nicht jeder beliebigen Regelung durch Aufnahme in die Grundordnung der AG Statutenqualität beigelegt werden[5]. Vielmehr können als echte Statutenbestandteile wohl nur jene Regelungen betrachtet werden, die "nicht rein individualrechtlicher Art sind, sondern körperschaftsrechtliche Rechtsbeziehungen betreffen"[6]. Anders ausgedrückt beinhalten unechte Statutenbestandteile lediglich vertragliche Abmachungen zwischen den direkt beteiligten Parteien[7], während die echten Statutenbestandteile als Organisationsnormen die Gesamtstruktur der AG betreffen[8].

---

8 vgl. oben S. 169

1 vgl. ausführlich oben S. 59 ff.

2 zur Terminologie vgl. oben S. 59 Anm. 3

3 vgl. Wiedemann § 179 Anm. 2

4 vgl. Zöllner § 179 N. 7

5 vgl. Zöllner § 179 N. 4

6 Zöllner § 179 N. 4

7 vgl. Würdinger S. 33

8 vgl. Wiedemann § 179 Anm. 2

2. Die Wirkung unechter statutarischer Drittrechte

a) Rein obligatorische Wirkung

Vertragliche Vereinbarungen zwischen der Gesellschaft und Dritten bewahren auch durch die Aufnahme in die Statuten ihren rein obligatorischen Charakter, d.h. sie wirken nur inter partes[9]. Es handelt sich demnach um personenbezogene Rechtsverhältnisse, die nach den herkömmlichen Vertragsgrundsätzen, d.h. in Form der Schuldübernahme oder Zession, auf den Rechtsnachfolger übergehen[10]. Ihre Verankerung in den Gesellschaftsstatuten hat jedenfalls nur deklaratorische Bedeutung.

b) Form der Aenderung

Da es sich bei den unechten Statutenbestandteilen nicht um körperschaftsrechtliche, sondern um individualrechtliche Bestimmungen handelt, kann weiter gefolgert werden, dass diese, wenn sie einmal als Vertrag begründet worden sind, materiellrechtlich nicht mehr einseitiger Aufhebung oder Abänderung durch Beschlüsse der GV unterliegen, sondern einer entsprechenden Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien bedürfen[11]. Die formelle Anpassung des obsolet gewordenen Statutentextes liegt zwar nachwievor in der Kompetenz der GV, doch hat diese Statutenänderung keinen Einfluss auf die bereits erfolgten vertraglichen Abmachungen[12].

---

9 vgl. auch oben S. 99

10 vgl. Winkler S. 397

11 vgl. Würdinger S. 33

12 vgl. Zöllner § 179 N. 6

c) Durchsetzbarkeit

Die diesen Rechtsverhältnissen zu entnehmenden Ansprüche sind rein vertraglicher Natur und bleiben deshalb auch durch die Aufnahme in die Statuten dem vertraglichen Schadenersatzrecht unterstellt[13].

d) Auslegung

Bei individualrechtlichen Statutenbestandteilen stehen naturgemäss die Grundsätze der Vertragsauslegung im Vordergrund. Deshalb sind bei der Interpretation neben dem Wortlaut auch gewisse subjektive Umstände mitzuberücksichtigen, wie etwa "das Gesamtverhältnis der Parteien beim Vertragsschluss, die Vorverhandlungen, vor allem aber der Inhalt und Zweck des Vertrags und die Interessenlage der Parteien"[14].

3. Die Wirkung echter statutarischer Drittrechte

a) Verstärkte, realobligatorische Wirkung

Handelt es sich um Drittrechte von körperschaftlicher Relevanz, die sich mit der zwingenden Aktienrechtsordnung vereinbaren lassen, so kommt ihnen durch die Aufnahme in die Statuten insofern verstärkte, realobligatorische Wirkung zu[15], als sie gegenüber jedermann Geltung beanspruchen und auch ohne die Zuhilfenahme vertraglicher Institute, wie Schuldübernahme oder Zession, auf den Rechtsnachfolger übergehen[16]. Indem wir den Drittbefugnissen "aktienrechtliches Gewicht" beilegen, werden sie gewissermassen institutionalisiert, was den Nachteil einer allfälligen späteren Aufhebung dieser Drittrechte durch die Aktienmehrheit in der GV mildern mag.

---

13 vgl. Bürgi Art. 706 N. 53

14 Winkler S. 397

15 zur Terminologie vgl. oben S. 80 Anm. 25

16 vgl. Winkler S. 397

b) Form der Aenderung

Im Gegensatz zu den individualrechtlichen Statutenbestandteilen unterliegen die echten statutarischen Drittrechte sowohl materiellrechtlich als auch formellrechtlich der einseitigen Aufhebung oder Abänderung durch Mehrheitsbeschlüsse in der Generalversammlung.

c) Durchsetzbarkeit

Nach geltendem Aktienrecht sind die rechtlich ausserhalb der Gesellschaft stehenden Drittpersonen nicht berechtigt, eine Anfechtungsklage gegen statutenwidrige GV-Beschlüsse anzustrengen, m.a.W. es fehlt ihnen die diesbezügliche Aktivlegitimation[17].

Gleichwohl muss es aber beispielsweise für einen Gläubiger möglich sein, nebst seinen vertraglichen Ansprüchen auch die ihm eingeräumten körperschaftlichen Befugnisse durchzusetzen. Schon das Gesetz sieht einige Fälle vor, in denen den Gläubigern ausdrücklich durch Klage erzwingbare Schutzansprüche gewährt werden[18]. Dass solche Schutzmittel auch bei der Verletzung statutarischer Rechte angebracht sind, wird in der Lehre zwar nur andeutungsweise erwähnt[19], ist jedoch allein aufgrund des zivilprozessualen Grundsatzes zu begrüssen, wonach die Gewährung von Rechten auch ihre Realisierbarkeit verlangt.

d) Auslegung

Im Vergleich zu den individualrechtlichen Statutenbestandteilen sind bei den körperschaftlichen Bestimmungen der Auslegung engere Grenzen gezogen[20]. Da sie sich an einen weiten Personenkreis richten, kann den

---

17 vgl. Bürgi Art. 706 N. 53, auch 64 II 152

18 für eine Uebersicht vgl. Siegwart Einl. N. 251 ff.

19 vgl. etwa Siegwart Einl. N. 294

20 vgl. Winkler S. 398

Vorverhandlungen, Nebenabreden und sonstigen, in den Statuten nicht festgehaltenen, subjektiven Umständen kaum Rechnung getragen werden. Vielmehr gelten die objektiven Grundsätze der Gesetzesauslegung.

IV. Kategorien echter statutarischer Drittrechte

1. Ausgangslage

Im Laufe dieser Arbeit wurden die Vorkaufsrechte Dritter an Aktien[1] sowie eine Reihe von Forderungsrechten[2] als Beispiele für Drittrechte in der Form unechter Statutenbestandteile behandelt. Demgegenüber wurden die verschiedenen Möglichkeiten einer echten statutarischen Dritteinflussnahme im Rahmen der konzernmässigen Abhängigkeit[3] sowie im Zusammenhang mit den Einflussrechten des Gemeinwesens[4] und des Beirates[5] erörtert.

Abschliessend sollen nun die verschiedenen Formen echter statutarischer Drittrechte systematisch zusammengefasst werden. Es lassen sich dabei folgende Kategorien unterscheiden:
- unmittelbare statutarische Drittrechte
- mittelbare statutarische Drittrechte
- Dritten ausnahmslos verwehrte Rechte

2. Unmittelbare statutarische Drittrechte

a) Der Grundsatz

Die zwingende Aktienrechtsordnung lässt nur eine begrenzte Dritteinflussnahme zu. Mit Ausnahme der gesetzlich vorgesehenen Fälle beschränken

---

1 vgl. oben S. 75 ff.
2 vgl. oben S. 87 ff.
3 vgl. oben S. 101 ff.
4 vgl. oben S. 132 ff.
5 vgl. oben S. 156 ff.

sich die unmittelbaren Dritteinflussrechte auf eine Mitwirkung bei übertragbaren Geschäftsführungsbefugnissen[6].

b) Die einzelnen Rechte

aa) Verbindliche Vorschlagsrechte

Die Frage der Zulässigkeit eines verbindlichen Vorschlagsrechtes stellt sich insbesondere im Zusammenhang mit der Bestellung und Abberufung von Gesellschaftsorganen[7]. Abgesehen von den Ausnahmen im Gesetz[8] lässt sich das freie Wahl- und Abberufungsrecht der GV nicht einschränken[9].

bb) Weisungsrechte

Trotz der Delegationsnorm von Art. 717 Abs. 2 OR ist jede vorbehaltslose statutarische Bindung der Geschäftsführung an die Instruktionen Dritter ausgeschlossen[10]. Aber auch bei Drittweisungen, die sich auf übertragbare Geschäftsführungsbefugnisse beziehen, muss die Verwaltung stets ihre Sorgfaltspflichten beachten[11].

cc) Genehmigungs- bzw. Zustimmungsrechte

Als massgebende Schranke gilt auch hier das zwingende Aktienrecht. Die Zustimmungsbefugnis eines Dritten wäre insbesondere mit Art. 698 OR nicht zu vereinbaren, würde sie doch nicht nur die Willensbildung

---

6 vgl. Moser S. 203, oben S. 131 f., S. 145

7 vgl. oben S. 123 ff.

8 vgl. v.a. Art. 708 Abs. 4 und 5 sowie Art. 762 OR

9 vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR, 66 II 43 ff.

10 vgl. oben S. 127

11 vgl. Art. 722 in Verbindung mit Art. 754 OR

in der AG lähmen, sondern die ganze Gesellschaft einer unzulässigen "Fremdsteuerung" aussetzen[12]. Ausnahmen finden sich allerdings in Spezialgesetzen des Bundes[13].

dd) Vetorechte

Die statutarische Verankerung eines uneingeschränkten Vetorechtes eines Dritten gegenüber Generalversammlungsbeschlüssen ist normalerweise als Verstoss gegen die zwingende aktienrechtliche Kompetenzordnung nichtig[14].

ee) Verfügungsrechte über den Reingewinn

Im Rahmen von Art. 660 Abs. 1 OR können die Statuten "über die Verwendung des Reingewinns von vornherein zugunsten eines Dritten beliebige Bestimmungen aufstellen"[15].

3. Mittelbare statutarische Drittrechte

a) Der Grundsatz

Aufgrund der gegenüber den unmittelbaren Drittrechten geringeren Intensität des Eingriffes in die Gesellschaftsangelegenheiten bezeichnen wir diese Kategorie von körperschaftlichen Befugnissen als mittelbare Dritteinflussrechte. Sie sind in erster Linie dadurch gekennzeichnet, dass sie keine unmittelbare Fremdsteuerung der Willensbildung in der AG vorsehen[16]. Entweder handelt es sich um Einflussrechte, die ledig-

---

12 vgl. Teichmann S. 195 bzw. 198 sowie oben S. 143 f.

13 vgl. oben S. 144

14 vgl. 97 II 115, oben S. 120

15 Caflisch S. 132, oben S. 129

16 vgl. oben S. 147 f.

lich einen Ueberblick über das Gesellschaftsleben vermitteln sollen oder aber um eine Art Reflexrechte, wie dies bei der statutarischen Zweckbindung der Fall ist[17].

b) Die einzelnen Rechte

aa) Kontrollrechte

Die verschiedenen Kontrollrechte ermöglichen es den aussenstehenden Dritten, einen Einblick in den Geschäftsablauf zu erhalten, auf den sie oft angewiesen sind[18].

aaa) Einsichtsrechte

Die Initiative, in die Geschäftsbücher, Korrespondenzen und Protokolle Einsicht zu nehmen, geht vom Dritten aus.

bbb) Auskunftsrechte

Hier unterliegt die AG selbst der Pflicht, einem Dritten Aufschluss über gewisse Gesellschaftsangelegenheiten geben zu müssen.

bb) Teilnahmerechte

Der statutarischen Verankerung eines Teilnahmerechtes Dritter an der GV steht grundsätzlich nichts im Wege[19]. Mit dem Teilnahmerecht sind insbesondere auch ein Recht auf Meinungsäusserung sowie die Befugnis, Anträge zu stellen, verbunden[20].

---

17 vgl. Kronstein S. 9 f.

18 vgl. oben S. 149 ff.

19 vgl. oben S. 151 ff.; diesbezüglich kann auch 96 II 23 zugestimmt werden.

20 vgl. Teichmann S. 217, oben S. 153

cc) Unverbindliche Vorschlagsrechte

Aufgrund ihres unverbindlichen Charakters sind diese Mitwirkungsrechte für Dritte geradezu geschaffen. In diesem Zusammenhang ist auch an die Beratertätigkeit aussenstehender Sachverständiger zu denken[21].

dd) Einberufungsrechte

Sowohl Sitzungen der Geschäftsleitung als auch Generalversammlungen können, da es sich um rein formale Befugnisse handelt, ohne weiteres von Dritten einberufen werden[22]. "Beschlüsse sind damit noch nicht gefasst"[23].

ee) Sonderfall der statutarischen Zweckbindung

Hier handelt es sich um einen Sonderfall indirekter statutarischer Drittbindung.
Indem sie ihr Tätigkeitsgebiet beliebig weit oder eng umgrenzt, besteht nämlich für die AG im Rahmen der freien Zweckgestaltung die Möglichkeit, sich unter Berücksichtigung der aktienrechtlichen Schranken in den Dienst eines Dritten zu stellen[24].

4. Dritten ausnahmslos verwehrte Rechte

a) Der Grundsatz

Von den Mitverwaltungsrechten des Aktionärs sind viele in dem Sinne wohlerworben, als sie ihm ohne seine Zustimmung nicht entzogen werden können[25]. Zu diesen unentziehbaren Rechten des Aktionärs gehören

---

21 vgl. oben S. 161 ff.
22 vgl. oben S. 155
23 Teichmann S. 196
24 vgl. v.a. W. von Steiger S. 285a ff. sowie oben S. 130
25 vgl. Art. 646 Abs. 1 OR, Schluep (Diss.) S. 7

u.a. auch das Teilnahmerecht an der GV sowie gewisse Kontrollrechte[26], also Befugnisse, welche, solange die entsprechenden Aktionärsrechte dadurch nicht geschmälert werden, in gewissem Umfang auch Dritten statutarisch zugesichert werden können[27].

Daneben gibt es aber auch Mitwirkungsrechte des Aktionärs, die nicht nur unentziehbar, sondern auch unverzichtbar sind. Dabei handelt es sich um Rechte, "die zugleich die körperschaftliche Struktur der AG gewährleisten"[28] und deshalb mit der Mitgliedschaft aufs engste verknüpft sind. Dazu gehören neben gewissen Minderheitenrechten in erster Linie das Recht auf Anfechtung gesetzes- oder statutenwidriger GV-Beschlüsse und das Stimmrecht[29]. Diese Mitgliedschaftsrechte können nach geltendem Aktienrecht niemals Gegenstand selbständiger, statutarischer Drittrechte sein.

b) Das Beispiel des Stimmrechts

Als die bedeutsamste Befugnis des einzelnen, mit keinen weiteren Aufgaben betrauten Aktionärs ist das Stimmrecht in der GV jedem Nichtmitglied verwehrt[30]. Weder gegenteilige Postulate in der Literatur[31] noch unklare Stellungnahmen des Bundesgerichtes[32] vermögen etwas an dieser Tatsache zu ändern.

Von diesem aktienrechtlich unzulässigen Fall des selbständigen Drittstimmrechts zu unterscheiden ist allerdings die in der Praxis häufig zur Anwendung gelangende Befugnis, sich durch einen Dritten in der GV vertreten zu lassen. Bei dieser Art der Stimmrechtsabtretung ist

---

26 vgl. Art. 689, 696, 697 OR

27 vgl. oben S. 169 f.

28 Forstmoser/Meier-Hayoz § 34 N. 14 S. 238

29 vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 34 N. 15 S. 238, Art. 646 Abs. 3 OR

30 vgl. Teichmann S. 217 f., eindeutig auch F. von Steiger S. 52 sowie oben S. 146

31 vgl. Wenninger (zit. oben S. 146 Anm. 56) S. 150

32 vgl. 96 II 23

der Aktionär insofern abgesichert, als er durch die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs der Vollmacht stets "die Fäden in der Hand" behält[33].

33 vgl. Teichmann S. 226 sowie Art. 689 Abs. 2 OR